



# EL DERECHO

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

GRUPO EDITORIAL EL DERECHO Y QUANTOR, S.L., EDIFICIO EL DERECHO, Lagasca, 45. 28001 Madrid. Teléf.: 914 23 29 00

Director: EVARISTO MOLINE

Año XVII. Número 2892

Madrid, miércoles 10 de noviembre de 2010



## TC TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2010/205564

TC Sala 3ª, Sentencia 7 octubre 2010. Ponente: D. Francisco Javier Delgado Barrio

### Constitucionalidad de la orden de alejamiento decretada en casos de violencia de género

*El TC desestima la cuestión de inconstitucionalidad planteada respecto del art. 57,2 CP, avalando la orden de alejamiento respecto de la víctima decretada en casos de violencia de género, incluso contra la voluntad de ésta. Dicha medida fue introducida en la reforma del Código Penal del año 2003 e impide que un condenado por violencia de género pueda acercarse a la víctima, a su domicilio, a su lugar de trabajo o a cualquier otro lugar frecuentado por ella, incluso si la mujer se reconcilia con el agresor y quiere volver a relacionarse con él.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 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 supuestos de constitucionalidad de las leyes penales, en el que habre-

## SUMARIO

### TC CONSTITUCIONAL

Constitucionalidad de la orden de alejamiento decretada en casos de violencia de género 1

### TS CIVIL

Interpretación restrictiva de las normas limitativas de derechos individuales 9

### PENAL

Delito de falsedad en documento oficial 12

### ADMINISTRATIVO

Nulidad de la reducción del grado de protección del centro histórico de Burgos por falta de justificación 13

### SOCIAL

Adecuación de proceso de conflicto colectivo para oponerse a modificaciones colectivas 14

Imposibilidad de repercutir en nóminas posteriores retenciones no practicadas por error 15

### RS RESEÑA DE SENTENCIAS 16

INTERNET  
http://www.elderecho.com  
e-mail: clientes@elderecho.com

mos 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.

SEGUNDO.- 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.

TERCERO.- 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 apli-

cación 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.

CUARTO.- 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 impropio 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 carác-

ter 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 “castigue 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).

QUINTO.- 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 sis-

tema 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 proscribida, 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.

SEXTO.- 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.

SÉPTIMO.- 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, se-

gún 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 “sólo 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 consti-

tucional, 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).

OCTAVO.- 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 convi-

vencia 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 protegi-

do' (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.

NOVENO.- 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 deci-

sión 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.

DÉCIMO.- 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, constitucional-

mente 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",

■  
"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,..."  
■

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 "resulta estrictamente necesario al fin de protección de la víctima" (art. 544 bis LECrim), o si "del hecho y de las circunstancias personales del sujeto puede 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 representa".

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.

UNDÉCIMO.- 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 consti-

tucionalmente 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.

DUODÉCIMO.- 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 del 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).

DECIMOTERCERO.- 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.

DECIMOCUARTO.- 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 "doblemente 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 im-

posición 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.

DECIMOQUINTO.- 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-

■

*"...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."*

■

te 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.

DECIMOSEXTO.- 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.

**DECIMOSÉPTIMO.-** 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 correspon-

diente 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.

**DECIMOCTAVO.-** 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 respues-

ta 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.

**DECIMONOVENO.-** 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 circuns-



tancia, 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 recluido, 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: "(1)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.

VIGÉSIMO.- 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.

VIGÉSIMO PRIMERO.- 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 rela-

ciones 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.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- 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 adquiera 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.

#### FALLO

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. María Emilia Casas Baamonde, Presidenta.- Vicente Conde Martín de Hijas.- Javier Delgado Barrio.- Elisa Pérez Vera.- Eugeni Gay Montalvo.- Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.- Ramón Rodríguez Arribas.- Pascual Sala Sánchez.- Manuel Aragón Reyes.- Pablo Pérez Tremps, Magistrados.



2010/140014

TS Sala 1ª, Sentencia 30 junio 2010. Ponente: D. Jesús Corbal Fernández

En materia de competencia desleal

## Interpretación restrictiva de las normas limitativas de derechos individuales

Acuerda el TS estimar el recurso de casación y desestima el extraordinario por infracción procesal interpuesto por la titular de un derecho de patente y su licenciataria contra SAP que estimó parcialmente las pretensiones de la recurrente, al declarar que los anuncios emitidos por la recurrente, constituyen un acto de competencia desleal, y condenando por ello al laboratorio en cuestión a abstenerse en lo sucesivo de realizar esa conducta. Los recurrentes alegan en casación, la infracción de los arts. 50,1c) y 52,1b) de la Ley de Patentes 1986, e infracción de la doctrina de esta Sala sobre los principios de irretroactividad de las normas limitativas de derecho individuales e interpretación restrictiva de las mismas, que como la Ley de Patentes, tiene carácter excepcional. En-

tiende el Tribunal, que el contenido del precepto ha de ser entendido de manera estricta, habiendo de considerar excluidos del supuesto, los actos de experimentación que no tengan por finalidad exclusiva la mejora o consolidación de la regla técnica inventiva en sí misma considerada.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El objeto del proceso versa sobre propiedad industrial -patentes- y competencia desleal. El ámbito de la controversia quedó reducido en casación a un único tema, relativo a si la excepción de "uso experimental" ex art. 52.b) de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes comprendía al tiempo de los hechos los actos realizados con finalidad de obtener la autorización de comercialización de una especialidad farmacéutica genérica que incorpora el principio activo de la reivindicación patentada.

Las Sentencias dictadas por el Juzgado de 1ª Instancia número 1 de Pamplona el 27 de julio de 2004, en los autos de juicio ordinario acumulados números 332 de 2002 y 308 de 2003, y por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Navarra el 19 de mayo de 2006, en el Rollo de apelación número 266 de 2004, desestiman las pretensiones de violación de patente formuladas por Pfizer Corporation y otras.

La Sentencia de la Audiencia Provincial establece los siguientes antecedentes de hecho necesarios para resolver las cuestiones planteadas en la apelación:

1º. La entidad mercantil Laboratorios Cinfa, S.A. (en adelante Cinfa), presentó demanda ejercitando contra Pfizer Limited la acción prevista en el art. 127 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, reguladora del régimen jurídico de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad (en adelante LP), interesando se declarase que los preparativos serios que ha realizado para la comercialización de la especialidad farmacéutica "amlodipina", como medicamento genérico, suministrada por Lek Pharmaceutical and Chemical Company d.d. (en adelante Lek), según las especificaciones de la Patente de Invención Europea EP 0.599.220 (en adelante patente 0.599.220), no infringen los derechos amparados por la Patente de Invención Española ES 2.012.803, (en adelante patente 2.012.803), propiedad de la demandada.

La demanda dio lugar al juicio ordinario 332 de 2002 del Juzgado de 1ª Instancia número 1 de Pamplona.

2º. Se opuso no sólo Pfizer Limited, como titular de la Patente 2.012.803, sino también la entidad mercantil Pfizer, S.A., cuya intervención procesal fue admitida por el

Juzgado como licenciataria de la misma patente. Ambas demandadas alegaron que la obtención de la sal de besilato de amlodipina a través de la patente de Lek infringía el ámbito de reivindicaciones de su patente, que se correspondía con la Patente Europea EP 0.244.944 (en adelante patente 0.244.944), presentando demanda reconvenicional en ejercicio de la acción prevista en el art. 63 LP.

3º. Cinfa se opuso a la reconvenición alegando, por un lado, la excepción de nulidad de la patente 2.012.803 por falta de novedad y actividad inventiva al encontrarse anticipada por la patente española ES 520.389 (en adelante patente 520.389), cuyo titular era Pfizer Corporation; por otro lado, que se había limitado a realizar preparativos serios dirigidos a la explotación industrial de la amlodipina, requiriendo a tal fin por conducto notarial a Pfizer Limited.

4º. Las entidades mercantiles Pfizer Corporation y Pfizer, S.A., como titular y licenciataria, respectivamente, de la patente 520.389, interpusieron demanda contra Cinfa ejercitando la acción del art. 63 LP por entender que la sal de besilato de amlodipina que Cinfa tenía intención de comercializar en España se fabricaba por un procedimiento que invadía el ámbito de reivindicaciones de su patente.

La demanda dio lugar al juicio ordinario número 308 de 2003 del propio Juzgado número 1 de Pamplona.

5º. Cinfa se opuso negando la existencia de infracción, y, además, formuló reconvenición ejercitando las acciones declarativa de deslealtad del acto y de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el mismo de los apartados 1º y 5º de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante LCD) con Pfizer Corporation y Pfizer S.A. alegando que en el mes de febrero de 2003 habían lanzado una campaña publicitaria de denigración, confusión y engaño en periódicos de tirada nacional como "El País", "El Mundo", "ABC" o "Cinco Días", en relación al auto de medidas cautelares de fecha 22 de enero de 2002.

Posteriormente, el Juzgado admitió la incorporación al proceso como interviniente procesal de Pfizer Limited.

6º. Se opusieron las reconvenidas alegando, como cuestión procesal previa, la excepción de falta de acción de Cinfa por no haber efectuado el requerimiento previsto en los arts. 25 y s. de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, de 11 de noviembre de 1988 (en adelante LGP), dado su carácter de ley especial, negando, en todo caso, que la campaña publicitaria constituyera acto alguno de competencia desleal, publicidad engañosa, ilícita o desleal. Además, Pfizer Corporation y

Pfizer Limited excepcionaron su falta de legitimación pasiva, alegando que la campaña publicitaria había sido dirigida exclusivamente por el Director de la División Legal de Pfizer, S.A., que no ostenta cargo alguno representativo en las anteriores.

7º. Por auto de 7 de octubre de 2003 se acordó la acumulación del juicio ordinario 308/2003 al juicio ordinario 332/2002.

8º. La sentencia de instancia desestima las demandas y las reconveniciones, sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas procesales por concurrir dudas de hecho y de derecho.

La Sentencia de la Audiencia resuelve las apelaciones formuladas acordando desestimar el recurso interpuesto por Pfizer Limited, Pfizer Corporation y Pfizer S.A., y estimar parcialmente el de Laboratorios Cinfa en el único sentido de acoger en parte su reconvenición, declarando que los anuncios a los que se hace referencia en la misma constituyen un acto de competencia desleal de Pfizer, S.A. condenando a esta sociedad a abstenerse en lo sucesivo de realizar esa conducta, confirmando los demás pronunciamientos de la sentencia apelada; sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas procesales de ninguna de las instancias.

Contra la Sentencia de la Audiencia Provincial se interpuso por las entidades Pfizer Corporation, Pfizer Limited y Pfizer S.A. recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, articulado cada uno en un motivo, que fue admitido por Auto de esta Sala de 7 de julio de 2009. Interpuesto recurso de casación por Laboratorios Cinfa, S.A. fue inadmitido por el mismo Auto de 7 de julio de 2009.

Procede por consiguiente examinar únicamente los recursos admitidos haciéndolo en primer lugar, aunque aparezca planteado en segundo, con el extraordinario por infracción procesal porque así lo dispone explícitamente la Disposición Final Decimosexta, apartado 1, regla 6ª LEC, y abunda la razón de lógica procesal de que una eventual estimación de la infracción podría incidir en el de casación.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

**SEGUNDO.-** El único motivo del recurso denuncia la infracción de los apartados 1, 3 y 6 del art. 217 LEC sobre la carga de la prueba, en los aspectos relativos a la prueba de los hechos impositivos o extintivos, hechos negativos y disponibilidad y facilidad probatoria, que se comete por la sentencia recurrida al imponer a las entidades recurrentes la carga de probar la utilización que Cinfa dio a los 5.500 gramos de San de Besilato de Amlodipina directamente obteni-

da mediante el procedimiento de las mencionadas. De las alegaciones de Laboratorios Cinfa se deduce que adquirió 5.500 gramos de amlodipino besilato de Lek Pharmaceutical Company de Ljubijana (Slovenia) en cuatro lotes en fechas 26-8-99, 26-9-2000, 11-11-2000 y 6-2-2002 con datas de caducidad de dos años. Sostiene que no fabricó los principios activos, ni importó ninguna especialidad farmacéutica que contuviese Besilato de amlodipino, ni comercializó con los productos importados. De éstos dedicó una parte a las pruebas de bioequivalencia, estabilidad, toxicidad, etc. y en preparación de las muestras exigidas por la Agencia Española del Medicamento, y el resto quedó inservible por caducidad.

El planteamiento fáctico expuesto es claro, aunque no lo sea tanto en el contenido de la resolución recurrida. Se halla admitido, y ello resulta indiscutible (art. 281.3 LEC), aparte de que de otro modo no tendría sentido la interpretación del art. 52.b) LP realizada por la sentencia impugnada, que Laboratorios Cinfa ha utilizado una parte del producto Sal de Besilato de Amlodipina para los estudios de bioequivalencia, estabilidad, conservación, etc. necesarios para obtener la autorización de su comercialización de la Agencia Española del Medicamento, y esto constituye base fáctica suficiente para el estudio del tema suscitado en el recurso de casación. En cuanto a lo sucedido con el resto del producto (respecto del que Cinfa dice caducó) no cabe exigir a la recurrida que pruebe que no lo comercializó, ni siquiera en que lo utilizó, porque ni le corresponde carga de la prueba al respecto, ni hay consecuencia procesal previsible, porque la hipotética infracción del art. 217 LEC no determinaría la nulidad de actuaciones que se interesa en el suplico del recurso sino la asunción de la instancia, ni en ésta cabría entrar en temas no suscitados en casación, y que pudieron haberlo sido para la eventualidad de que prosperase el extraordinario por infracción procesal.

Por lo expuesto, el motivo carece de base que explique y justifique su formulación, y por ello debe desestimarse el recurso, sin perjuicio de que por falta de la adecuada precisión de la resolución recurrida proceda acordar la no imposición de costas por aplicación de lo establecido en los arts. 398.1 y 394.1 LEC. La desestimación expresada conlleva que deba pasar a examinarse el recurso de casación, de conformidad con la Disposición Final Decimosexta, apartado 1, regla 6ª LEC.

Recurso de casación

**TERCERO.-** En el único motivo del recurso de casación se alega por las recurrentes la infracción de los artículos 50.1.c) y 52.1.b) de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes, el primero en cuanto tipifica como actos de infracción de patente,

entre otros, la “utilización” de un producto directamente obtenido por el procedimiento patentado y los actos de “importación y posesión del mismo” para su posterior utilización, y el 52.1.b) en cuanto excluye del “ius prohibendi” del titular de una patente los actos de explotación que se lleven a cabo con finalidad experimental, pero no los actos preparatorios para la comercialización, los cuales revisten una finalidad puramente comercial. Asimismo se alega en el motivo la infracción de la doctrina jurisprudencial de esta Sala concretada en las Sentencias que cita sobre los principios de irretroactividad de las normas limitativas de derechos individuales e interpretación restrictiva de las normas que, como el art. 52.1.b) de la Ley de Patentes, tienen carácter excepcional.

El motivo se estima por las razones que se van a exponer en éste y en los fundamentos de derecho siguientes.

La Sentencia recurrida funda la desestimación de la pretensión de violación de patente en la prevalencia del Derecho Comunitario (actualmente de la Unión Europea). La argumentación de la resolución recurrida es desacertada porque al tiempo de los hechos -año 2002- no había en dicho Derecho ninguna norma que pudiera servir de fundamento a tal decisión. No la contenía la Directiva 2001/1983 /CE sobre Código Comunitario sobre Medicamentos para Uso Humano, e incluso poco tiempo antes las Comunidades Europeas y los Estados miembros habían formulado una reclamación ante el Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio contra la Ley de Patentes de Canadá.

La Directiva 2004/27 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, (que entró en vigor el 30 de abril), en su art. 8.1, último párrafo, da nueva redacción al art. 10 de la Directiva del 2001, e introduce una modalidad de la “cláusula Bolar” (a la que nos referiremos más adelante) estableciendo el apartado 6 que “la realización de los estudios y ensayos necesarios para la aplicación de los apartados 1, 2, 3 y 4 y los consiguientes requisitos prácticos no se considerarán contrarios al derecho sobre patentes ni a los certificados de protección complementaria para medicamentos”. Sin necesidad de entrar en el amplio contenido del artículo 10 y su interpretación, basta significar aquí que mal puede ser aplicada la normativa derivada de la Directiva de 2004 a los hechos sucedidos con anterioridad porque no tiene carácter retroactivo. A lo que cabe añadir, en esta perspectiva del Derecho Comunitario, el principio de “respecto a la confianza legítima” con arreglo al que una norma jurídica no puede limitar las expectativas que los interesados habían previsto razonablemente que se derivarían de la evolución normal de esta situación.

Aparte de lo dicho, aunque no se diera la objeción de derecho intertemporal, sucedería también que la Directiva no sería aplicable porque no tiene efecto directo horizontal, en cuanto que no crea obligaciones entre particulares. La Directiva a lo único que obligaba era a su transposición a los Derechos nacionales. Así se establece en el art. 3, en el que se dice que los Estados miembros adoptarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la Directiva a más tardar el 30 de octubre de 2005. España no realizó la transposición hasta la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (BOE 27 de julio), que en su Disposición final tercera modifica el art. 52.1.b) LP adicionando al texto anterior (“Los derechos contenidos en la patente no se extienden... b) A los actos realizados con fines experimentales que se refieran al objeto de la invención patentada”) el siguiente:

“, en particular los estudios y ensayos realizados para la autorización de medicamentos genéricos, en España o fuera de España, y los consiguientes requisitos prácticos, incluidos la preparación, obtención y utilización del principio activo para estos fines”. Este contenido no fue examinado en la resolución recurrida y en el recurso por ser de fecha posterior, pero sí invocado en la oposición de la parte recurrida.

Por todo ello, no resulta de aplicación al caso el argumento de la primacía del Derecho Comunitario, ni siquiera en el ámbito de la “interpretación conforme” con la Directiva, la cual ha de operar sobre la norma interna que se aplica (por todas SS.TJCE -TJUE desde el Tratado de Lisboa- de 5 de octubre de 2004, ass. acumulados C-397/2001 a C-403/2001, y de esta Sala de 27 de marzo de 2009, núm. 183). Todo ello con independencia de que, tras la expiración del plazo de adaptación del Derecho interno a la directiva, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros deban abstenerse en la medida de lo posible de interpretar su Derecho interno de un modo que pueda comprometer gravemente la realización del objetivo perseguido por la directiva (SSTJCE 23 de abril de 2009 y 14 de enero de 2.010).

CUARTO.- Para complementar la argumentación anterior es preciso examinar -aunque la resolución recurrida no contenga una consideración fáctica y explícita en tal sentido- si cabe una interpretación de la norma del art. 52.1.b) LP (en su redacción anterior a la Ley 29/2006) en virtud de la que la referencia a “fines experimentales” permita comprender no solo la experimentación con fines científicos, sino también las actividades encaminadas a obtener la autorización de comercialización.

El problema se planteó en USA en el año 1984 con el famoso asunto

“Roche Products Inc. v. Bolar Pharmaceutical Co. Inc”, en el que el Tribunal de Apelación del Circuito Federal primero y el Tribunal Supremo después limitaron la “excepción de uso experimental” (limitativa del “ius prohibendi” o derecho excluyente atribuido por el derecho de patente) a la experimentación con fines científicos, excluyendo por completo los que respondieran a fines comerciales. Para obviar esta resolución se dictó en el año 1985 una Ley (conocida abreviadamente como Waxman-Hatch Act) que introdujo una disposición -la llamada “Bolar Provision”- en la que se establece que no supone violación de patente la fabricación, el uso, el ofrecimiento para la venta o la venta de una invención patentada únicamente para usos razonablemente relacionados con la obtención de autorización administrativa para la comercialización de medicamentos. En tal Ley se halla el origen de la denominada “Cláusula BOLAR”. Procede también significar que Canadá la introdujo en su Ley de Patentes en el año 1993 al permitir expresamente llevar a cabo toda la actividad necesaria para obtener autorizaciones administrativas de comercialización de productos patentados.

Las Leyes de Patentes de la generalidad de los países de la CE (UE) recogieron la excepción de uso experimental, como la había redactado el CPC de 1975 (texto que no llegó a tener vigencia), en el sentido de que el derecho de patente no alcanza el uso experimental del producto o procedimiento patentado, y con este contenido se plasmó en el art. 52.1.b) de nuestra LP.

Como ya hemos señalado, una modalidad de cláusula Bolar se incorpora al ordenamiento comunitario (de la UE) por la Directiva de 31 de marzo de 2004 (transpuesta a nuestro Derecho en el año 2006).

Pues bien, resolviendo ya el problema del alcance interpretativo del precepto del art. 52.1.b), antes de la reforma por la Ley 29/2006, y teniendo en cuenta el antecedente histórico (art. 27 del CPC de 15 de diciembre de 1975), el pensamiento general en el Derecho Comunitario anterior a la Directiva 2004/27 /CE, además de la “ratio” de ésta de establecer una normativa de equilibrio entre los intereses en conflicto, y que la norma examinada es limitativa o restrictiva de un derecho subjetivo (el de patente) y por lo tanto debe ser interpretada restringidamente, hay que entender que su contenido exige dos requisitos: que los actos han de realizarse con fines de experimentación o de ensayo, con referencia exclusiva a los de carácter técnico o científico, y han de referirse al objeto de la invención patentada. En tal sentido se manifiesta la mejor doctrina que indica que “dada la concepción estricta con que ha de entenderse este límite, hay que considerar excluidos del supuesto los actos de

experimentación que no tengan por finalidad exclusiva la mejora o consolidación de la regla técnica inventiva en si misma considerada”.

Lo que resultaba una interpretación clara ha venido a enturbiarse con ocasión de la reforma introducida en el precepto por la Ley 29/2009, de 26 de julio, concretamente por la expresión “en particular” utilizada en el nuevo texto y la referencia a “fines aclaratorios” a que se alude en la Exposición de Motivos, porque de tratarse de una norma aclaratoria habría que entender que su contenido ya estaba comprendido en el precepto, y entonces tendría efecto retroactivo (como sucede cuando se trate de normas interpretativas o aclaratorias -SS. 22 de octubre de 1990, 6 de marzo de 1991, 9 de abril de 1992, 24 de noviembre de 2006, 6 de abril y 18 de noviembre de 2009-). Sin embargo, los reparos expuestos no son razones suficientes para mantener una interpretación diferente de la antes expresada, y esto no sólo ya por la carencia de valor normativo de la Exposición de Motivos y la ambigüedad al respecto que aquí se examina del término “en particular”, sino sobre todo porque las dos excepciones responden a “ratio” diferentes y, además, lo que hace la Ley de 2006 es incorporar, como dice la propia E. de M., la denominada “cláusula o estipulación Bolar”, la cual no existía al tiempo de redactarse el precepto -art. 27 del CPC de 1975- del que se tomó el originario de la LP de 1986, de ahí la propia incoherencia interna de la E de M, que se acentúa si se tiene en cuenta, por un lado, que tal incorporación responde fundamentalmente a la necesidad de transponer (lo que ya debía haber tenido lugar hacía meses) la Directiva 2004/27/CE, la cual solo tiene eficacia en las relaciones entre particulares desde su transposición por la exigencia a los órganos jurisdiccionales de observar una “interpretación conforme” en la aplicación de la norma interna, la cual no tiene efecto retroactivo (S. 24 de noviembre de 2006), y, por otro lado, que resultaría paradójico, y por lo tanto absurdo, que España hubiera mantenido en la perspectiva internacional (reclamación contra la Ley Canadiense) una postura jurídica contraria a la de su propio derecho interno.

QUINTO.- En lo que atañe a las restantes consideraciones que se efectúan en la Sentencia recurrida las mismas carecen de solidez para excluir la existencia de infracción denunciada. La alusión a la S. del TJCE (actual TJUE) de 9 de julio de 1997, C-316/1995, no tiene relevancia para el pleito toda vez que no se discute si una “entrega de muestras” supone acto de violación del derecho de patente. La referencia a la jurisprudencia de algunos países extranjeros es irrelevante, por cuanto que la que podía tener algún interés es sólo la de los miembros de la UE, y nada se aporta (se limita a mencionar

Alemania). Y, por último, la afirmación relativa a que “cuando se trate de un expediente puramente bibliográfico para la obtención de un registro sanitario no habría violación de la patente porque dicha actividad no está expresamente prevista en la enumeración de actos que suponen violación de la patente”, resulta estéril, pues los actos atribuidos a Laboratorios Cinfa, S.A. (importación, posesión y utilización), no se discuten, sino que el objeto del debate se centra en si la “excepción de uso experimental” comprende o no los estudios y demás ensayos necesarios para acreditar la bioequivalencia entre el medicamento genérico y el original a fin de que tengan las mismas propiedades en orden a solicitar la autorización sanitaria para la (futura) comercialización.

Y, finalmente, asimismo resultan inconsistentes las alegaciones efectuadas por la parte recurrida porque, aparte la referencia a la modificación introducida en la LP por la Ley 29/2006, ya examinada,

i) El hecho de que los objetos de las patentes hayan ya pasado al dominio público por haber transcurrido el plazo de vigencia del derecho es irrelevante para el pleito habida cuenta el principio de la “perpetuatio actionis”, con arreglo al que los pleitos deben resolverse, con carácter general, conforme al estado de cosas existente al tiempo de plantearse (arts. 412 y 413 LEC).

i'') el art. 127 LP no queda desprovisto de contenido por la interpretación del art. 52.1.b) LP defendida por la parte recurrente; y, por último,

i''') Laboratorios Cinfa, S.A. tiene reconocido haber importado y utilizado la cantidad necesaria de besilato de amlodipina para realizar estudios de bioequivalencia, estabilidad, conservación, etc. necesarios para obtener la autorización de su comercialización de la Agencia Española de Medicamento, y tal conducta infringe el art. 50.c) -50.1.c desde Ley 10/2002, de 29 de abril - LP, sin que quepa integrarla en la excepción de “actos realizados en un ámbito privado y con fines no comerciales” del art. 52.1.a) LP, lo que ya fue desechado por la resolución recurrida y no se impugnó, ni proceda calificarlo de mero acto preparatorio que no contradice el “ius prohibendi” del derecho de patente.

SEXTO.- La estimación del único motivo del recurso implica: a) que deba estimarse el recurso de casación y procede casar la Sentencia de la Audiencia y revocar en la misma medida la del Juzgado de 1ª Instancia; b) no hacer especial imposición de costas por dicho recurso (art. 398.2 LEC); y, c) asumir la instancia.

Esta Sala en funciones de instancia, con base en lo antes razonado, acuerda estimar la pretensión de vio-

lación del derecho de patente ES 2.012.830 (que se corresponde con la Patente Europea 0.244.944) ejercitada en su reconvencción por Pfizer Limited y Pfizer, S.A. en su respectiva condición de titular y licenciataria, y de la patente ES 520.389 ejercitada en la demanda de Pfizer Corporation y Pfizer, S.A., en su respectiva condición de titular y licenciataria. Visto el contenido del recurso de casación sometido a la “cognitio” de este Tribunal, las circunstancias concurrentes y la apreciaciones fácticas de la resolución recurrida que han devenido incólumes y, por lo tanto, vinculantes para la casación, procede mantener en todo lo restante la resolución recurrida; incluso el pronunciamiento no condenatorio en costas de ambas instancias de conformidad con los arts. 394.1 y 2 y 398.1 y 2 LEC.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### FALLO

PRIMERO.- Que desestimamos el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de Pfizer Corporation, Pfizer Limited y Pfizer, S.A. contra la Sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Navarra el 19 de mayo de 2006, en el Rollo número 266 de 2004, sin hacer especial condena en las costas causadas.

SEGUNDO.- Que estimamos el recurso de casación interpuesto por la misma representación procesal contra la Sentencia citada de la Audiencia Provincial, y acordamos:

1º.- Casar dicha Sentencia, y revocar en la misma medida la Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia número 1 de Pamplona el 27 de julio de 2004, en los autos de juicio ordinario acumulados números 332 de 2002 y 308 de 2003, en el sentido de estimar la acción de violación de las patentes de las que las accionantes son titulares y licenciatarias, infracción cometida por Laboratorios Cinfa, S.A. al realizar actos de importación, posesión y utilización del producto Sal de Besilato de Amlodipina reivindicado en aquéllas con la finalidad de realizar estudios y ensayos para solicitar la autorización de comercialización de la AEM.

2º.- Mantener en lo restante la resolución recurrida.

3º.- No hacer especial imposición de costas en ninguna de las instancias, ni en el recurso de casación.

Publíquese esta resolución con arreglo a derecho, y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legisla-

tiva pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Xavier O'Callaghan Muñoz.- Jesús Corbal Fernández.- Antonio Salas Carceller.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el

Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.



2010/153031

TS Sala 2ª, Sentencia 23 julio 2010. Ponente: D. Julián Sánchez Melgar

Receta en la que se falsea la firma del médico

## Delito de falsedad en documento oficial

*No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la acusada contra sentencia que la condenó como autora de un delito de falsedad en documento oficial. Para la Sala no hay duda de que una receta de la seguridad social o del servicio de salud es un documento oficial, y que la acusada mutó la verdad que reflejaba la receta, es decir, un medicamento prescrito por un médico, por otro medicamento, y para ello, simuló que ese médico había ordenado el cambio en la dispensación del fármaco, mediante la consignación falsaria de su firma, lo que produce una alteración que necesariamente exige el conocimiento de tal mutación, y por tanto, la aceptación de su conducta, a sabiendas de su irrealidad.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - La Audiencia Provincial de Granada, Sección Primera, condenó a Valle como autora criminalmente responsable de un delito continuado de falsedad en documento oficial, a las penas que dejamos expuestas en nuestros antecedentes, frente a cuya resolución judicial ha interpuesto este recurso de casación la representación procesal de la aludida acusada en la instancia, recurso que pasamos seguidamente a analizar y resolver.

SEGUNDO.- En un motivo único de contenido casacional, formalizado al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la recurrente denuncia como infringido el art. 390.1.3º del Código penal.

Reprocha el autor del recurso la concurrencia del dolo falsario. El relato histórico de la sentencia recurrida expone que la acusada, que regentaba una oficina de farmacia, en ocho ocasiones modificó el medicamento prescrito médicamente, suministrando otro distinto (que en seis ocasiones tenía el mismo principio activo), y para ello simuló la firma del facultativo que dispensaba la receta, añadiendo el nombre comercial de ese otro medicamento, que no era el ordenado, y ello con objeto de conjurar la agresividad que ciertos

clientes mostraban cuando en el momento en que se desplazaban hasta la farmacia no tenía existencias correspondientes al medicamento prescrito.

Dice el autor del recurso que tal comportamiento “no es una conducta mendaz que trate de engañar al usuario o al órgano administrativo de control”. Pero lo cierto es que lo que se juzga aquí es si el documento fue alterado de manera que indujera a contribuir falsamente a su autenticidad, y en efecto, ese era el objetivo, pues el cambio de un medicamento por otro, tiene que ser validado por el facultativo, o excepcionalmente, cuando se trate del mismo principio activo, con la conformidad del interesado, y en ambos casos será necesario la consignación por escrito de tales circunstancias. Nada de ello se produce en el caso sometido a nuestra consideración casacional, sino que la acusada, simula la firma del médico para producir la apariencia de que se ha operado dicho cambio, y entrar a continuación en los circuitos de control de la sanidad pública.

Primeramente, no hay duda de que una receta de la seguridad social o del servicio de salud de la correspondiente Comunidad Autónoma, es un documento oficial. Esta Sala ha venido distinguiendo a estos efectos dos clases de recetas médicas: a) las

expedidas por tales facultativos en el ejercicio de su función sanitaria en organismos públicos, como en la Seguridad Social, la Beneficencia o las Mutualidades, que tanto por su origen, como por su destino deben estimarse como documentos oficiales y b) las realizadas por los médicos en el ejercicio particular de su profesión. Así ha estimado en cuanto a su falsificación como documentos privados las recetas médicas particulares del organismo privado -SS. 22-1-1981, 24 enero y 24 mayo 1983, 28-12-1984 y 18-4-1989 -. Por el contrario, las recetas de la Seguridad Social -SS. 20-10-1987, 13 marzo, 6 mayo, 17 junio y 3 diciembre 1992 -, las oficiales de una Corporación Municipal -SS. 2-2-1984, 22 abril y 30 octubre 1991 -, las del Seguro y Mutualidad de Funcionarios del Estado -S. 11-7-1984 -, del Insalud -S. 15-2-1984 -, y las de sustancias psicotrópicas -SS. 24 mayo y 13 julio 1983, 21-3-1988, 30-11-1991 y 18-9-1992 -, se han estimado documentos oficiales.

Todas las modalidades falsarias descritas en el art. 390 del vigente Código Penal que contienen una versión descriptiva más simplificada que el artículo 302 del anterior Código Penal, del que es su heredero, tienen como elemento común vertebrador de todas las modalidades falsarias la existencia de un elemento subjetivo del injusto constituido por el propósito del sujeto de introducir conscientemente un factor de alteración de la verdad - mutatio veritatis - en el documento, capaz de producir engaño en aquel preciso ámbito en el que deba surtir efecto el documento alterado. Este ánimo falsario queda bien patente en los verbos que describen las cuatro modalidades falsarias del art. 390: alterar, simular, suponer y faltar a la verdad. Acciones todas ellas intencionales. La jurisprudencia de esta Sala ha reconocido el carácter nuclear del elemento subjetivo del injusto, que está integrado por la conciencia y voluntad de alterar la verdad, convirtiendo en veraz lo que no es; intención maliciosa que ha de quedar acreditada y probada -SSTS de 28 de octubre de 1997 y núm. 242/1998 de 20 de febrero -, no exigiéndose ni ánimo de lucro ni otro especial, a diferencia de cuando se trata de documentos privados -SSTS de 30 de abril de 1981 y 25 de marzo de 1999 -.

Pues, bien, en el caso enjuiciado, la acusada mutó la verdad que reflejaba la receta, es decir, un medicamento prescrito por un médico, por otro medicamento, y para ello, simuló que ese médico había ordenado el cambio en la dispensación del fármaco, mediante la consignación falsaria de su firma, lo que produce una alteración que necesariamente exige el conocimiento de tal mutación, y por tanto, la aceptación de su conducta, a sabiendas de su irrealidad. Con estos datos, el dolo falsario ha de considerarse abarcado por la acción de la ahora recurrente. Ello supone alterar

conscientemente la verdad por medio de una mutación documental, y ataca también a la confianza que la sociedad tiene depositada en el valor de los documentos, como reflejo verdadero de lo que contienen, expresan o prueban, trastocando la realidad y convirtiendo en veraz lo que no es.

Respecto a la finalidad de conjurar la agresividad de ciertos clientes, ello se enmarcaría dentro de la exigencia completa o incompleta de miedo insuperable, que no ha sido planteada siquiera por el autor del recurso.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

TERCERO.- Al proceder la desestimación del recurso, se han de imponer las costas procesales a la recurrente (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

#### FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso

de casación interpuesto por la representación legal de la acusada Valle contra Sentencia 675/2009, de 11 de diciembre de 2009. Condenamos a dicha recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso.

Comuníquese la presente resolución a la Audiencia de procedencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Giménez García Julian Sánchez Melgar José Manuel Maza Martín Perfecto Andrés Ibañez José Antonio Martín Pallín

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Julian Sánchez Melgar, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.



## TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/122370

TS Sala 3ª, Sección: 5, Sentencia 21 abril 2010. Ponente: D. Jesús Ernesto Peces Morate

### Nulidad de la reducción del grado de protección del centro histórico de Burgos por falta de justificación

*El TS desestima los recursos de casación interpuestos por el Ayuntamiento de Burgos y por la TGSS contra la STSJ de Castilla y León que estimó el recurso formulado por la comunidad de propietarios contra la resolución que aprobó la modificación del plan especial del centro histórico de Burgos, al considerar que el Ayuntamiento no justificaba las razones de interés cultural por las cuales se estimaba necesaria la reducción del grado de protección. La Sala considera que el grado de protección que debe otorgarse a los edificios en cuestión, aunque no merezcan el calificativo de singulares, no es discrecional sino que viene impuesto por las propias características de los elementos merecedores de protección, que, como concepto jurídico indeterminado, requiere que sea aquel nivel que resulte más idóneo al fin pretendido por la Ley, que no es otro que preservar y conservar el patrimonio artístico y cultural, y en el caso examinado los edificios se catalogaron en el planeamiento anterior como merecedores de protección estructural sin que se haya demostrado que tal grado de protección estuviese equivocado puesto que las razones, tenidas en cuenta en su día para establecerlo, subsisten y no se ha justificado que fuesen erróneas.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El representante procesal de la Tesorería General de la Seguridad Social alega que el Tribunal a quo ha infringido lo establecido en el artículo 19.1 de la Ley Jurisdiccional, ya que la Comunidad

de Propietarios demandante carecía de legitimación para ejercitar la acción pública, puesto que la nulidad de la disposición impugnada no le reporta efecto alguno, positivo o negativo. El motivo no puede prosperar porque es evidente que la nulidad declarada comporta que no se degra-

de el nivel de protección de unos edificios que pertenecen al patrimonio arquitectónico y cultural de la ciudad en que residen los propietarios que se integran en la Comunidad de Propietarios demandante.

SEGUNDO.- El único motivo de casación del Ayuntamiento y el segundo de la Tesorería General de la Seguridad Social son coincidentes, se esgrimen al amparo del apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de esta Jurisdicción y en los dos se invoca como aplicado indebidamente por el Tribunal de instancia lo establecido en los artículos 21.1 y 2 y 36.2 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, porque los inmuebles o edificios, que no revisten características singulares, como son aquéllos de que ahora se trata, tendrán el nivel de protección adecuado y, por tanto, no se requiere un específico interés cultural o de otra índole para alterar dicho nivel de protección sino sólo seguir el procedimiento al efecto previsto y recabar las autorizaciones de los organismos competentes, como en el caso enjuiciado sucedió, pues resulta discrecional para la Administración fijar el indicado grado o nivel de protección, que con la modificación del planeamiento ha sido establecido correctamente a fin de posibilitar el uso de los inmuebles en cuestión, que es la única fórmula para conservar y mantener los edificios que, sin ser singulares, son dignos de interés.

TERCERO.- Ambos motivos de casación deben ser desestimados porque los edificios en cuestión habían merecido en el planeamiento anterior un concreto grado de protección que la modificación impugnada reduce con el fin de que puedan ser destinados al uso que se propone. En contra del parecer del Ayuntamiento recurrente, el grado de protección que debe otorgarse a los edificios en cuestión, aunque no merezcan el calificativo de singulares, no es discrecional sino que viene impuesto por las propias características de los elementos merecedores de protección, que, como concepto jurídico indeterminado, requiere que sea aquel nivel que resulte más idóneo al fin pretendido por la Ley, que no es otro que preservar y conservar el patrimonio artístico y cultural.

En este caso, los edificios se catalogaron en el planeamiento anterior como merecedores de protección estructural sin que se haya demostrado que tal grado de protección estuviese equivocado puesto que las razones, tenidas en cuenta en su día para establecerlo, subsisten y no se ha justificado que fuesen erróneas, como se deduce a la prueba pericial practicada y debidamente valorada por la Sala de instancia en el fundamento jurídico sexto de su sentencia, transcrito en el antecedente cuarto de esta nuestra.

Es cierto que, en el mismo fundamento jurídico sexto de la sentencia



recurrída, el Tribunal a quo apela a los criterios de control de la discrecionalidad para considerar que no ha sido correctamente ejercida por la Administración urbanística al degradar el nivel de protección de esos edificios. La tesis de la Sala sentenciadora puede encontrar justificación en lo que esta Sala del Tribunal Supremo ha declarado en sus Sentencias de 27 de abril de 2004 (recurso de casación 7459/2001), 27 de abril de 2004 (recurso de casación 308/2002) y 21 de abril de 2009 (recurso de casación 898/2005), pero debemos aclarar y precisar ahora que la catalogación de los edificios o inmuebles y su grado de protección es materia reglada, al ser un deber de la Administración señalar aquel nivel de protección que mejor sirva a los fines previstos en la Ley de Patrimonio Histórico Español 16/1985, de 25 de junio, como esta Sala del Tribunal Supremo indicó en su Sentencia de 23 de diciembre de 2008 (recurso de casación 5777/2004, fundamento jurídico sexto) al expresar, categóricamente, que la catalogación tiene un carácter reglado, y, de forma más genérica, también en la Sentencia de fecha 4 de septiembre de 2006 (recurso de casación 2569/2003). Decimos que es reglada la catalogación porque, si hay elementos protegibles, la Administración necesariamente debe conferir al inmueble el nivel o grado de protección idóneo o adecuado a sus características, de forma análoga o equivalente a lo que sucede con el suelo de especial protección.

La única razón que las Administraciones demandadas, ahora recurrentes en casación, aducen para justificar la degradación del nivel de protección es de oportunidad con el fin de facilitar su reforma o adaptación para el uso que con un determinado proyecto se trata de implantar, lo que no justifica, en absoluto, la desaparición de elementos estructurales merecedores de protección, cuya conservación podrá hacer más compleja o costosa, pero no imposible, una utilización racional que, como postula el Ayuntamiento, haga rentable su mantenimiento.

La preservación del patrimonio artístico y cultural español no puede quedar a merced de cualquier contingencia, cual es, en este caso, la obtención de un concreto equipamiento por muy necesario que sea.

CUARTO.- La desestimación de todos los motivos de casación alegados conlleva la declaración de no haber lugar a los recursos interpuestos con imposición a las Administraciones recurrentes de las costas procesales causadas por partes iguales, según dispone el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Vistos los preceptos y jurisprudencia citados, así como los artículos 86 a 95 de la Ley de esta Jurisdicción.

#### FALLO

Que, con desestimación de los motivos de casación invocados, debemos declarar y declaramos que no ha lugar a los recursos de casación interpuestos por la Procuradora D<sup>a</sup> María Eva de Guinea y Ruenes, en nombre y representación del Ayuntamiento de Burgos, y por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación de la Tesorería General de la Seguridad Social, contra la sentencia pronunciada, con fecha 13 de enero de 2006, por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, en el recurso contencioso-administrativo número 150 de 2003, con imposición a ambas Administraciones recurrentes, por partes iguales, de las costas procesales causadas.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, debiéndose hacer saber a las partes, al notificársela, que contra ella no cabe recurso ordinario alguno. Eduardo Calvo Rojas.- Jesús Ernesto Peces Morate.- María Del Pilar Teso Gamella.- Mariano de Oro-Pulido López.- Rafael Fernández Valverde.

Publicación.- Leída y publicada que fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Jesús Ernesto Peces Morate, Magistrado Ponente en estos autos, de lo que como Secretario certifico.

colectivo la modificación de aquellas condiciones reconocidas a los trabajadores en virtud de acuerdo o pacto colectivo o disfrutada por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos". Basta la lectura de los hechos probados de la sentencia recurrida -que, como hemos dicho, no vinculan a esta Sala a los efectos que estamos considerando pero sí al tribunal de instancia que los declara- para comprobar que estamos ante una condición salarial que la empresa aplica, por decisión unilateral, a todos los trabajadores de la empresa y que, también por decisión unilateral, comunicada pero no negociada con los representantes de los trabajadores, ha modificado. Así, el hecho probado 1º afirma que "el presente conflicto colectivo afecta a todos los trabajadores de la empresa demandada que tienen reconocido el derecho a bono, en los tres centros de trabajo de España"; en el hecho probado 2º se declara: "A cada categoría profesional le corresponde un porcentaje de bono, claramente definido en la normativa interna de la empresa; y, en fin, en el hecho probado 8º se afirma:

"En los primeros días del mes de marzo de 2009 la empresa comunicó al Comité de Empresa de los centros de trabajo en Madrid, mediante unas transparencias en una reunión su decisión de variar los porcentajes de los bonos, sin mediar conversaciones previas con los representantes de los trabajadores". Produciéndose, como acabamos de ver, un perfecto encaje entre dichos hechos declarados probados por la sentencia recurrida y el supuesto de hecho contemplado por el párrafo citado del artículo 41.2 del ET, la conclusión no puede ser otra que la de que nos hallamos ante una modificación de carácter colectivo y, en consecuencia, procede aplicar el artículo 41.4 del ET: "Contra las decisiones a que se refiere el presente apartado se podrá reclamar en conflicto colectivo, sin perjuicio de la acción individual prevista en el apartado 3 de este artículo".

CUARTO.- Sobre la base de la aplicación de la norma específica que acabamos de transcribir, ni siquiera es necesario acudir al artículo 151.1 de la LPL para comprobar si el pleito planteado se corresponde con las características definitorias del proceso especial de conflictos colectivos que dicho precepto procesal establece. Digamos, sin embargo, que dicha correspondencia se produce sin ningún género de dudas, pues se dan los dos elementos -el subjetivo y el objetivo- que la jurisprudencia de esta Sala ha establecido en su interpretación del citado precepto y que la propia sentencia recurrida recuerda oportunamente. En efecto, estamos ante un "grupo genérico de trabajadores" (elemento subjetivo) cuya característica común -que lo constituye como tal grupo- es la de que todos sus componentes cobran el bono salarial que la empresa ha modificado de manera, a su vez, colectiva,



2010/153383

TS Sala 4ª, Sentencia 8 julio 2010. Ponente: D. Manuel Ramón Alarcón Caracuel

## Adecuación de proceso de conflicto colectivo para oponerse a modificaciones colectivas

*Estima el TS el recurso de casación formulado por la federación accionante contra sentencia que declaró de oficio la inadecuación de procedimiento de conflicto colectivo en autos sobre disminución de complemento salarial.*

*Explica la Sala que en el caso enjuiciado se trata de un grupo genérico de trabajadores, cuya característica común es la de que todos sus componentes cobran el bono salarial que la empresa ha modificado de manera colectiva, decisión que ha comunicado, no a cada uno de ellos, sino a sus representantes legales, siendo el interés general o común de todos ellos que se declare que dicha decisión empresarial de carácter colectivo no es ajustada a Derecho, confluendo todos los rasgos definitorios del conflicto colectivo.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demanda rectora de este procedimiento solicita que se anule la modificación sustancial, decidida unilateralmente por la empresa demandada, de determinadas condiciones laborales, concretamente la disminución de la cuantía del llamado "bono", un complemento salarial variable del que viene disfrutando desde hace años el conjunto del personal de la empresa. Pero la sentencia recurrida no entra en el fondo el asunto por considerar que el procedimiento de conflicto colectivo no es idóneo para plantear dicha reclamación.

SEGUNDO.- Procede, pues, abordar en primer lugar el motivo sexto del recurso de casación planteado, que se refiere a la inadecuación del procedimiento de conflicto colectivo

apreciado por la sentencia recurrida, por cuanto al afectar dicha cuestión al orden público procesal y a la competencia funcional del Tribunal sentenciador, y tal como hemos dicho en nuestra sentencia de 28/01/2009 Recurso de Casación 137/2007, "esta Sala habría de examinarla, incluso de oficio y, consiguientemente, sin sujeción a los hechos que la sentencia de instancia declara probados". Y hemos de estimar el recurso planteado, apreciando la infracción de ley en que incurre la sentencia recurrida, concretamente del artículo 41.2 del Estatuto de los Trabajadores -y, por conexión, del artículo 41.4 del propio ET -, así como del artículo 151.1 de la Ley de Procedimiento Laboral.

TERCERO.- El artículo 41.2 del ET dice que "se considera de carácter

decisión colectiva que ha comunicado no a cada uno de ellos sino a sus representantes legales. Y el "interés general" o común (elemento objetivo) de todos ellos es que se declare que dicha decisión empresarial de carácter colectivo no es ajustada a Derecho. Confluyen, pues, en el caso objeto de consideración los rasgos definitorios del conflicto colectivo. Y a dicha conclusión no cabe oponer, como hace la sentencia recurrida, la circunstancia que consta en el segundo hecho probado de la misma, a saber:

"El derecho a la percepción del bono está reconocido, en algunos casos, en el contrato del trabajador, en otros en documentos individualizados, posteriores a la firma del contrato, y en algunos supuestos el trabajador percibe el bono sin que esté reconocido ni en el contrato ni en documento aparte". Dicha diversidad en la forma de aplicar la decisión empresarial - diversidad que se produce también entre diversos contratos, según se explicita y detalla en los subsiguientes hechos probados 3º, 4º, 5º y 6º- es una circunstancia por completo irrelevante desde el punto de vista de la configuración del grupo genérico y del interés general y no constituye una falta de homogeneidad que impida dar una solución judicial unitaria al conflicto planteado. Y, desde luego, dicha diversidad no constituye a unos trabajadores en titulares de un derecho y a otros en titulares de una mera expectativa, como se afirma en el último párrafo del Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia recurrida. Por el contrario, todos son titulares de un derecho, un derecho de origen colectivo -la decisión empresarial colectiva, que ahora se ha modificado también colectivamente, contenida en esa "normativa interna de empresa" a que se alude, según hemos visto, en el hecho probado 2º- pero que se ha contractualizado por diversas vías: a través del propio contrato de trabajo, en documentos posteriores a éste o, en fin, por la realidad perfectamente constatable y también probada de una práctica empresarial reiterada. Cosa distinta es que el cobro de ese bono esté condicionado al cumplimiento por el trabajador de determinados objetivos productivos, lo que forma parte de la propia naturaleza de las retribuciones variables y no consolidables. Pero no es lo mismo un derecho condicionado - que es lo que tienen todos estos trabajadores- que una mera expectativa de derecho.

QUINTO.- Por todo cuanto antecede procede estimar el recurso de casación sobre la base del motivo sexto del mismo y, en consecuencia, casar y revocar íntegramente la sentencia recurrida, declarando que el procedimiento de conflicto colectivo es el adecuado y devolviendo las actuaciones para que el tribunal de instancia resuelva el fondo del asunto con libertad de criterio. Y no es necesario entrar en la revisión de he-

chos probados que se solicita en los cinco primeros motivos del recurso, sobre los que no se hace pronunciamiento alguno en este momento por esta Sala que, en su caso, entrará a considerar los nuevos hechos probados de la nueva sentencia de instancia si es que la misma es recurrida y si el recurso plantea la revisión de dichos nuevos hechos.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### FALLO

Estimamos el recurso de casación interpuesto por la FEDERACIÓN DEL METAL, CONSTRUCCIÓN Y AFINES DEL SINDICATO UGT, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de fecha 29 de septiembre de 2009, en actuaciones seguidas por dicho recurrente contra ERICSSON ESPAÑA, S.A., sobre CONFLICTO COLECTIVO. Revocamos, anulamos y declaramos que el procedimiento adecuado es el de Conflictos Colectivos. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional para que resuelva el fondo del asunto con libertad de criterio, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

2010/153375

TS Sala 4ª, Sentencia 22 junio 2010. Ponente: D. Juan Francisco García Sánchez

### Imposibilidad de repercutir en nóminas posteriores retenciones no practicadas por error

*Desestima el TS el recurso de casación formulado por la empresa demandada contra sentencia que declaró la nulidad de la decisión empresarial de repercutir en los trabajadores las retenciones no practicadas por error.*

*Explica la Sala que no existe precepto legal alguno que autorice al retenedor a reintegrarse con cargo al perceptor de cantidad alguna, ni relación jurídica alguna que sirva de título para reclamarse*

*recíprocamente suma alguna relacionada con el importe de las retenciones operadas en el momento en el que tales retenciones debieron practicarse.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación, en su modalidad de común o tradicional, ha sido interpuesto por la Entidad mercantil QUALYTEL TELESERVICIOS, S.A. contra la Sentencia dictada el día 8 de junio de 2009 por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el Proceso 70/07, que se siguió sobre conflicto colectivo, a instancia de la CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJADOR contra la mencionada recurrente y otros.

La Sala "a quo" estimó la demanda, en la que se solicitaba declaración de nulidad de la decisión empresarial de repercutir en los trabajadores las retenciones no practicadas durante el año 2006 y consiguiente condena a la devolución de las cantidades deducidas indebidamente. Apoyaba la Sala su decisión en la falta de título que habilitara a la empresa para llevar a cabo la deducción, partiendo del hecho, indiscutido, de que durante el año 2006 la empresa retuvo a sus trabajadores en las correspondientes nóminas las cantidades que estimó oportunas y, alegando después haber padecido error en las aludidas retenciones, comenzó a deducir, a partir de 2007, a los trabajadores determinadas cantidades, que -en opinión de la empleadora- obedecían a compensar las retenciones no practicadas, por error, en el año 2006.

Consta el recurso de la empresa de un único motivo, amparado en el art. 205.e) de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), en el que se denuncia como infringidos el art. 26.4 del Estatuto de los Trabajadores (ET), y el art. 99, puntos 1 y 4, de la Ley 35/2006 de 28 de Febrero, del Impuesto Sobre la Renta de las Personas Físicas.

SEGUNDO.- El art. 99.1 de la Ley 35/2006 ninguna relevancia puede tener respecto de este recurso, pues se limita a disponer: "En el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, los pagos a cuenta que, en todo caso, tendrán la consideración de deuda tributaria, podrán consistir en: a) Retenciones. b) Ingresos a cuenta. c) Pagos fraccionados"; de tal manera que mal puede haber resultado infringido.

El art. 99.2 de dicha Ley 35/2006 establece que "las entidades y las personas jurídicas, incluidas las entidades en atribución de rentas, que satisfagan o abonen rentas sujetas a este impuesto, estarán obligadas a practicar retención e ingreso a cuenta, en concepto de pago a cuenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente al perceptor, en la cantidad que se deter-

mine reglamentariamente....", disponiendo, a su vez, el apartado 4 del mismo artículo que "en todo caso, los sujetos obligados a retener o a ingresar a cuenta asumirán la obligación de efectuar el ingreso en el Tesoro, sin que el incumplimiento de aquella obligación pueda excusarles de ésta", constituyendo este último apartado una penalización de la omisión de la retención, o de la retención incorrecta, y sin que exista en dicha Ley precepto alguno que autorice al retenedor (la empresa) a reintegrarse con cargo al perceptor (del salario, esto es, el trabajador) de cantidad alguna; de tal suerte que -sin perjuicio de las obligaciones que a la empresa se imponen en el sentido de retener determinadas cantidades para ingresarlas en el Tesoro Público, y de las que a los trabajadores incumben en el de satisfacer finalmente, conforme a la liquidación en su día resultante en la correspondiente declaración de la renta, la deuda impositiva-, no existe entre trabajador y empresario relación jurídica alguna, distinta de la ya mencionada, que sirva de título para reclamarse recíprocamente suma alguna relacionada con el importe de las retenciones operadas en el momento en el que tales retenciones debieron practicarse.

A lo que se acaba de razonar no se opone lo establecido en el art. 26.4 del ET ("todas las cargas fiscales.... a cargo del trabajador serán satisfechas por el mismo..."), pues, por una parte, no está acreditado si los trabajadores acabaron, o no, satisfaciendo correctamente la carga fiscal que nos ocupa y, además, aun cuando -supuesto meramente hipotético- la empresa hubiera tenido que ingresar posteriormente cantidades no ingresadas a su debido tiempo, y con ello hubieran resultado beneficiados sus empleados, esto, por sí solo, no autorizaría a aquélla a verificar deducción alguna en las nóminas de los trabajadores, mientras éstos no hubieran prestado su anuencia o una resolución judicial firme autorizara a la empresa a hacerlo; y esta cuestión no resulta objeto del presente proceso. Aquí únicamente podemos resolver lo relativo a si la empresa tenía o no un título bastante que le autorizara a llevar a cabo la deducción que verificó. Quedan a salvo las acciones que a la empleadora puedan asistir para reclamar a sus empleados las sumas que éstos pudieran adeudarle como consecuencia del error que se dice padecido.

TERCERO.- Así pues, la Sentencia recurrida no infringió ninguno de los preceptos cuya vulneración le imputaba la recurrente, por lo que procede la desestimación del recurso, con la obligada secuela de acordar la pérdida del depósito (art. 215 LPL), aunque sin condena en costas (art. 233.2), al tratarse de un proceso de conflicto colectivo y no apreciarse temeridad en la conducta de dicha recurrente.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.



# EL DERECHO

Año XVII. Número 2892

Madrid, 10 de noviembre de 2010

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

## FALLO

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por la Entidad mercantil QUALYTEL TELESERVICIOS, S.A. contra la Sentencia dictada el día 8 de junio de 2009 por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el Proceso

70/07, que se siguió sobre conflicto colectivo, a instancia de la CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO contra la mencionada recurrente y otros. Confirmamos la Sentencia recurrida, sin imposición de costas, y acordamos la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Juan Francisco García Sánchez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

## RESEÑA

Si desea recibir por fax el texto completo de las sentencias de las que se informa en la sección "Reseña", puede solicitarlo por teléfono (91) 423 29 00 o por fax (91) 578 16 17, indicando siempre el número de referencia de la sentencia.



2010/185000

TS Sala 1ª, Sentencia 23 julio 2010.  
Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos

### Preclusión de excepciones no alegadas en escrito de oposición del juicio monitorio

El TS desestima la demanda de error judicial interpuesta contra la sentencia que condenó a los ahora demandantes al pago de las cuotas debidas a la comunidad de propietarios. Declara la Sala que la doctrina que aplica la resolución contra la que se dirige la demanda de error judicial, consistente en considerar precluida la posibilidad de formular excepciones en la vista del juicio verbal que no hayan sido hechas valer en el escrito de oposición a la petición de proceso monitorio, ha sido mantenida por diversas audiencias provinciales, por lo que no puede considerarse manifiestamente errónea la sentencia impugnada, y añade que no toda incongruencia o falta de motivación derivada de no haber tenido en cuenta una sentencia los argumentos de una de las partes, reviste el carácter grave y manifiesto que permitiría la declaración de error judicial.

2010/37583

TS Sala 1ª, Sentencia 11 febrero 2010.  
Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos

### Imposibilidad de oponer excepción por parte del administrador por no conocer la cláusula arbitral

El TS estima el rec. extraordinario por infracción procesal y anula la sentencia recurrida en lo que se refiere a los pronunciamientos relativos al de-

mandado, manteniendo los pronunciamientos relativos a la entidad code mandada, de la que aquél es administrador. En su lugar, la Sala ordena retrotraer el procedimiento al momento anterior a dictar sentencia de apelación, con el fin de que la AP, sin estimar la excepción de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje respecto del expresado demandado, entre a conocer del fondo de la pretensión deducida contra él teniendo en consideración, si ha lugar a ello, los efectos prejudiciales del procedimiento arbitral. Declara además, que en el caso examinado consta que la cláusula arbitral se aceptó por la sociedad demandante frente a la demandada pero no frente a su administrador, por lo que éste, al no estar afectado por dicha cláusula, no pudo oponer la excepción de sumisión a arbitraje ni de hecho la opuso, incurriendo la sentencia recurrida en incongruencia al apreciar dicha excepción respecto de quien no la había planteado.



2010/102584

TS Sala 2ª, Sentencia 6 mayo 2010.  
Ponente: D. Diego Antonio Ramos Gancedo

### Rechazo de atenuante de confesión al reconocerse los hechos una vez descubiertos

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por un delito de falsedad en documento oficial en concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales públicos. El Alto Tribunal rechaza la aplicación de la atenuante de confesión postulada por el recurrente, pues la decisión del tribunal sentenciador es jurídicamente correcta porque la actividad

-estando de baja el acusado- había sido ya descubierta por los servicios municipales y en la reunión convocada con el acusado a tal efecto es cuando reconoce los hechos, pero ese reconocimiento se produce una vez que ya había sido descubierto y, además, en modo parcial, ya que se reconoce la malversación de cantidades que se hallan por debajo de las que la sentencia ha estimado acreditado que fueron apropiadas por el acusado.



2010/113348

TSSala: 3ª, Sección 3ª, Sentencia 25 mayo 2010.  
Ponente: D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

### Nulidad parcial del RD 324/2008 que establece las condiciones y el procedimiento de funcionamiento y participación en las emisiones primarias de energía eléctrica

El TS estima parcialmente el rec. contencioso-administrativo interpuesto contra el RD 324/2008 de 29 febrero, por el que se establecen las condiciones y el procedimiento de funcionamiento y participación en las emisiones primarias de energía eléctrica, del que se declaran nulos el artículo 3,1, dado que se aparta del mandato legal cuando reduce a dos, sin base normativa suficiente, el número de operadores dominantes sujetos a subasta de energía eléctrica y el artículo 5, en el inciso que admite que el ejercicio de las opciones podrá hacerse por diferencias, por vulnerar la Disp. Adic. 16 Ley del Sector Eléctrico, rechazando finalmente el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad de dicha disp. adic en la redacción introducida por la Ley 17/2007, de 4 julio.



2010/140229

TS Sala 4ª, Sentencia 16 junio 2010.  
Ponente: D. Jordi Agustí Juliá

### Cálculo de complemento de pensión de gran inválido

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el gran inválido accionante contra sentencia que rechazó su pretensión sobre complemento de pensión. Señala el Tribunal que en el art. 139,4 LGSS nada se dice con respecto a que el importe del complemento ha de entenderse referido al importe de un año, ni tampoco hace la más mínima mención a que deba recalcularse teniendo en cuenta las pagas extraordinarias, siendo el precepto claro y terminante, de modo que no suscita duda alguna respecto a que hace referencia a los porcentajes del 45% de la base mínima de cotización vigente en el momento del hecho causante y al 30% de la última base de cotización del trabajador, sin ningún otro añadido ni consideración, por lo que ha de estarse a la literalidad del precepto.

2010/153381

TS Sala 4ª, Sentencia 7 julio 2010.  
Ponente: Dª Rosa María Virolés Piñol

### Admisión de suplicación por existir afectación general

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el prejubilado accionante contra sentencia que declaró de oficio la inadmisión del recurso de suplicación interpuesto a su instancia contra sentencia que rechazó su pretensión sobre mejora de pensión. Señala el Tribunal que en el caso enjuiciado el fundamento de la solución a alcanzar se halla en la consideración que haya de merecer la extinción de la relación laboral, de suerte que la voluntariedad o involuntariedad de la misma suscita la discrepancia con la Entidad Gestora, siendo ésta una situación que no se produce de forma aislada respecto de un solo trabajador, sino que surge como consecuencia de la eficacia del acuerdo colectivo en el que se apoyó en su día el pase a la situación de prejubilación, por lo que contra la decisión de instancia cabía rec. de suplicación, al apreciarse afectación general.