

Suplemento

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

12514 *Pleno. Sentencia 151/2009, de 25 de junio de 2009. Cuestiones de inconstitucionalidad 7258-2005 y 5 más (acumuladas). Planteadas por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Orihuela respecto al artículo 171.4 del Código penal en la redacción de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Supuesta vulneración de los principios de igualdad y proporcionalidad penal: SSTC 59/2008 y 45/2009 (trato penal diferente en el delito de amenazas leves). Votos particulares.*

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

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas núms. 7258-2005, 208-2006, 5865-2006, 5866-2006, 6171-2006 y 6477-2006, planteadas por el Magistrado-Juez titular del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Orihuela, respecto al art. 171.4 del Código penal en la redacción dada al mismo por el art. 38 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Han comparecido el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El día 18 de octubre de 2005 tuvo entrada en este Tribunal con el número 7258-2005, testimonio de los autos de procedimiento abreviado núm. 741-2005, seguidos ante el Juzgado de lo Penal número 1 de los de Orihuela, en el que se incluye el Auto del referido Juzgado de fecha 29 de septiembre de 2005, en el que acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto al art. 171.4 del Código penal por su posible contradicción con los arts. 9.3, 14, 17.1 y 25 CE.

Idéntico planteamiento se realiza en otros cinco procedimientos, con los siguientes números de registro: 208-2006, Auto de 12 de diciembre de 2005 (procedimiento abreviado 791-2005); 5865-2006, Auto de 28 de abril de 2006 (procedimiento abreviado 1048-2005); 5866-2006, Auto de 28 de abril de 2006 (procedimiento abreviado 1049-2005); 6171-2006, Auto de 28 de abril de 2006 (procedimiento abreviado 964-2005); y 6477-2006, Auto de 28 de abril de 2006 (procedimiento abreviado 1065-2005).

2. En todos los procedimientos reseñados, tras la celebración del juicio oral, se acordó oír a las partes y al Ministerio Fiscal por el plazo común e improrrogable de diez días para que pudieran alegar sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto al art. 171.4 CP, por posible vulneración del principio de igualdad (art. 14 CE) y del principio de proporcionalidad de las penas (arts. 9.3, 17.1 y 25 CE).

A tal planteamiento no se opuso el Ministerio Fiscal en los procedimientos correspondientes a las cuestiones núms. 7258-2005 y 208-2006, y sí lo hizo en los correspondientes a las cuestiones núms. 5865-2006, 5866-2006, 6171-2006 y 6477-2006. Lo estimaron pertinente la representación de los acusados en los procedimientos correspondientes a las cuestiones núms. 741-2005, 208-2006 y 5865-2006. Consta la oposición de la acusación particular al planteamiento de la duda de constitucionalidad en los procedimientos correspondientes a las cuestiones núms. 741-2005 y 5865-2006.

3. Los Autos de planteamiento de la cuestión se refieren siempre al apartado cuarto del art. 171 CP. Sin embargo, aunque la parte dispositiva de dichos Autos no discrimina entre los dos párrafos de la norma indicada, los razonamientos jurídicos de las distintas resoluciones que plantean la duda de constitucionalidad se circunscriben exclusivamente a su párrafo primero, apoyando en todo momento sus argumentos en la condición femenina del sujeto pasivo del delito. Ello se evidencia también en las propias actuaciones remitidas, en cuanto que el fallo en el proceso subyacente depende sólo, a la vista de la pretensión acusatoria, de la validez del primer párrafo del art. 171.4 CP, no así del segundo párrafo.

La duda de constitucionalidad se articula con los siguientes razonamientos:

a) El legislador podría haber vulnerado el art. 14 de la Constitución al haber introducido una discriminación positiva por razón de sexo en el Código penal desconociendo, en primer lugar, que la acción positiva no puede plantearse a través de medidas de naturaleza punitiva y, en segundo lugar, que de su propio fundamento deriva que el límite de la acción positiva es la restauración de un equilibrio roto, por lo que la misma no puede conducir a un desequilibrio inverso por exceso. Consecuencia de tal discriminación positiva sería la de carácter negativo que también se produciría al aplicar un régimen punitivo más grave a determinados comportamientos caracterizados por la condición masculina del sujeto activo —esto es, por razones relativas al sexo del autor—, y no por la mayor gravedad del injusto que se le imputa. Estima el Magistrado proponente que la norma penal cuestionada presume indebidamente que en toda amenaza contra una mujer que proceda de un hombre concurre la conciencia de emplear la violencia como un instrumento para mantener la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, así como la intención de abuso de superioridad sobre la misma.

Considera también el Magistrado proponente que el uso de figuras penales como la cuestionada produce consecuencias inversas a las buscadas. Así sostiene que, si bien el legislador entiende que también en el campo penal es necesaria la acción positiva, uno de los pilares de justificación de la «acción positiva» es la existencia de «bienes jurídicos escasos» que colocan a la parte desfavorecida casi en una situación de indefensión. Y lo cierto es que la Ley Orgánica 1/2004 nace en un contexto en el que la protección de la víctima de la violencia doméstica lleva constituyendo un objetivo principal de la política criminal, por lo que no nace en un escenario de escasez de medidas sino de una pluralidad de iniciativas legislativas ya en vigor, especialmente desde la Ley 27/2003. Por otra parte, se elevan a la categoría de delito las amenazas cuando el sujeto pasivo fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, por lo que, en la previsión legislativa, este tipo de delitos sólo pueden ser cometidos por el hombre.

Al analizar la norma penal cuestionada deduce que, con el mismo comportamiento objetivo (amenaza leve), el hombre comete un delito mientras que a la mujer se imputa una falta, pese a que los derechos fundamentales atacados por el comportamiento ilícito tienen en la Constitución el mismo valor cualquiera que sea el sujeto pasivo. Esto conduce, en la consideración del proponente, a otras disfunciones valorativas como lo es, por ejemplo, que se prevea una pena más grave para la amenaza leve si el sujeto pasivo es o ha sido esposa del sujeto activo que cuando la misma amenaza va dirigida contra las personas definidas en el art. 173.2 CP. A su juicio, la inconstitucionalidad surge por definir el sujeto activo y pasivo del delito por razón del sexo, al margen del comportamiento objetivamente realizado, y por no justificar adecuadamente el más grave tratamiento punitivo de la amenaza leve contra la mujer. Tal tratamiento penal supone una frontal

vulneración del principio de igualdad del art. 14 CE, que no puede justificarse objetivamente al amparo de la doctrina de la discriminación positiva tolerable, de difícil encaje en la tutela penal, pues se trata de proteger a la mujer a costa de restringir la libertad del hombre, dado que, a mayor rigor punitivo, mayor restricción de la libertad. Estaríamos, por tanto, ante una discriminación negativa del hombre incompatible con la Constitución.

Añade que la tipificación de esos comportamientos constitutivos de amenazas como delito, cuando el sujeto activo es hombre, supone una contradicción frontal con principios constitucionales que informan el Derecho penal, en todas las hipótesis imaginables en las que podría apoyarse el legislador, porque si la agravación de la conducta sancionada obedece a la constatación estadística de que es la mujer el sujeto pasivo de comportamientos de esta clase y que normalmente los mismos proceden del hombre, entonces se justificaría la mayor responsabilidad en el caso concreto en hechos ajenos, lo que vulneraría el principio de culpabilidad dado que el concreto hombre enjuiciado vería agravada su responsabilidad por los hechos de otros, conforme a la doctrina de la acumulación de comportamientos. Y si la agravación se tratase de fundamentar en que tales amenazas se realizan con ánimo de discriminación o dominación del hombre sobre la mujer, se estaría partiendo de la presunción de que, cuando el hombre amenaza o coacciona a quien es o ha sido su mujer, lo hace en todo caso prevaliéndose de una situación de superioridad o con el fin de mantener su voluntad de dominación. Esta presunción califica como delito lo que, en otros casos es simple falta, tomando en cuenta lo que en el régimen penal general se contempla sólo como circunstancia agravante genérica, por lo que se estaría asignando a las motivaciones del autor una cualificación que es desproporcionada con la gravedad objetiva del hecho. A tal efecto, recuerda la regulación de las circunstancias agravantes genéricas de abuso de superioridad (art. 22.2 CP) y de discriminación por razón de sexo (art. 22.4 CP), apuntando que en estas dos circunstancias, tanto el hecho objetivo de dominación como la mayor reprochabilidad de la conducta, que atienden al móvil que impulsa a cometer el delito, no se presumen y deben ser apreciadas en cada caso, ni tampoco son consideradas por la ley como muy cualificadas a los efectos de determinar la magnitud de la respuesta penal.

Por último, expone que si la agravación se fundamentara en la peligrosidad innata del autor, con la respuesta penal se estaría presumiendo y tratando de combatir una mera cualidad del hombre, lo que vulneraría el principio de responsabilidad por el hecho cometido.

A continuación, el Magistrado proponente expone que la tipificación como delito de las acciones de amenazas leves proferidas por el hombre no se fundamenta en razones vinculadas a un mayor contenido de injusto o de culpabilidad, sino que únicamente obedece a razones subjetivas del varón y a su supuesta superioridad sobre la mujer, por lo que sostiene que tal concepción se adentra de lleno en el denominado «Derecho penal de autor» cuya conformidad con la CE ha sido ya rechazada por el Tribunal Constitucional (cita, al efecto, las SSTC 65/1986, 14/1988 y 150/1991).

b) La segunda duda de constitucionalidad confronta la norma cuestionada con el principio de proporcionalidad penal. En su argumentación se indica que la alegación de este principio se hace conjuntamente con el de igualdad, pues la jurisprudencia constitucional viene manteniendo que el principio de proporcionalidad no constituye un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada de otros preceptos constitucionales. Recuerda que este Tribunal ha establecido ya en varias ocasiones que no es la prevención especial el único fin de la pena, por lo que se podría entender que la pena de prisión interesada por el Fiscal y las acusaciones en el supuesto de autos es proporcional en tanto que sirve al principio de prevención general, entre otros. Sin embargo, para conseguir ese fin y el de protección a la víctima, el legislador habría exacerbado la respuesta penal castigando la amenaza simple —por sencilla que sea—, con una pena, la pena privativa de libertad, cuya valoración es trascendente. De este modo, concluye, resulta desproporcionado que la misma conducta se sancione de tal manera que el acusado, cuando es un hombre, se enfrente a una pena de prisión cuando,

si fuere mujer, lo haría a una sanción mucho más liviana: la pena de multa o localización permanente.

Los Autos finalizan afirmando que la introducción de este tipo de ilícitos penales, como el art. 171.4 CP, pretenden que el Derecho penal se erija en garante de una paz familiar idílica, donde nadie alza la voz ni discute y, cuando alguien lo hace, se llega a un resultado indeseable, pues la mujer sólo sería responsable de una falta, mientras que el hombre lo sería de un delito.

4. Las Secciones correspondientes de este Tribunal, mediante las providencias respectivas, acordaron admitir a trámite las cuestiones que sobre la constitucionalidad del art. 171.4 CP ha planteado el Juez de lo Penal núm. 1 de Orihuela, así como dar traslado de las actuaciones recibidas, de conformidad con el art. 37.2 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes; al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia; y directamente al Fiscal General del Estado, al objeto de que en el plazo de quince días pudieran personarse en el proceso correspondiente y formular las alegaciones que estimasen convenientes. En las mismas resoluciones se acordó publicar la incoación de los correspondientes procesos de constitucionalidad en el «Boletín Oficial del Estado».

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

El Presidente del Congreso de los Diputados comunicó, asimismo, el Acuerdo de la Mesa de la Cámara en que decidía no personarse ni formular alegaciones en los distintos procesos, poniendo a disposición del Tribunal las actuaciones que pudiera precisar.

6. El Abogado del Estado se ha personado en los distintos procedimientos en nombre del Gobierno. En sus alegaciones solicita que se dicte Sentencia declarando inadmisibles las cuestiones planteadas en lo que se refiere al párrafo segundo del art. 171.4 CP, desestimándola en lo demás; subsidiariamente, solicita que se desestime en su totalidad. En defensa de su pretensión expone los siguientes argumentos, que se resumen:

a) Comienza el Abogado del Estado sus alegaciones afirmando que no le cabe duda de que el fallo en el proceso penal a quo sólo depende de la validez del primer párrafo del art. 171.4 CP pero no del segundo y que, de hecho, el propio razonamiento del Auto de planteamiento está totalmente polarizado en la mujer como sujeto pasivo del delito, razones por las cuales carece de relevancia la duda de constitucionalidad en relación con el segundo párrafo del art. 171.4 CP.

b) Todavía antes de dar respuesta particular a lo expuesto en el Auto de planteamiento de la cuestión, se refiere el Abogado del Estado a una serie de cuestiones generales previas que estima le servirán luego para establecer el marco apropiado en el que examinar la pretendida inconstitucionalidad del art. 171.4 CP.

En primer lugar, en relación con la premisa expuesta por el juez proponente, según la cual la mayor tutela penal dispensada por el nuevo art. 171.4 CP ha de calificarse como medida de acción positiva *pro feminis* o como una discriminación positiva por razón de género, alega el Abogado del Estado que ello no puede sostenerse si la confrontamos con el texto del art. 171.4 CP por cuanto, ni en la parte expositiva ni en la dispositiva de la Ley Orgánica 1/2004 hay el más mínimo fundamento para conceptualizar de ese modo la tutela penal dispensada; además tal cuestión es irrelevante para enjuiciar la constitucionalidad de una ley, máxime cuando en este caso más que de discriminación positiva parece oportuno hablar de una respuesta legislativa que se apoya en la demanda socialmente muy difundida de una mayor tutela penal.

En segundo término, señala, basta la lectura de los dos párrafos del art. 171.4 CP para persuadirse de que la tutela penal contenida en este precepto no favorece a las mujeres en general. La razón de la agravación radica en la especial necesidad de tutela penal que se dispensa a varias subcategorías de personas cuyo rasgo común es la especial vulnerabilidad derivada, en uno de los casos, de la convivencia o relación afectiva, actual o pasada, con el autor de la conducta delictiva. La peculiaridad de las subcategorías

femeninas (esposa, mujer ligada por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia) radica en que el legislador las presume especialmente vulnerables, o, si se quiere, acepta que la vulnerabilidad es inherente —en tales casos— a la condición femenina en virtud de la «discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres» que axiomática o dogmáticamente proclama el art. 1 de la Ley Orgánica 1/2004 no cuestionado. De ahí que las amenazas aparezcan como una forma de violencia de género en el art. 1.2 de la Ley Orgánica 1/2004. A ello añade el Abogado del Estado que no faltan antecedentes inmediatos de esta técnica legislativa, habiéndose pronunciado ya el Tribunal Constitucional sobre uno de ellos (el art. 153 CP, en la redacción dada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre), en los AATC 233/2004 y 332/2005 que inadmitieron sendas cuestiones de inconstitucionalidad al apreciar manifiesta falta de fundamento en su contenido.

Finalmente, con cita de doctrina constitucional, entiende que el legislador democrático goza de la potestad exclusiva «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 definitiva, no compete a la jurisdicción constitucional enjuiciar cuestiones de política legislativa criminal, pues la realidad social sólo es valorable por el legislador.

c) A continuación, en relación ya con la supuesta vulneración del principio de igualdad (art. 14 CE), afirma el Abogado del Estado que el art. 171.4 CP no introduce una discriminación positiva en beneficio de las mujeres, sino que trata de hacer frente a un problema social otorgando tutela penal más intensa a las mujeres y otras personas vulnerables, entre las que pueden encontrarse personas de género masculino. Tampoco es correcto afirmar que el precepto cuestionado propicie que un comportamiento idéntico (amenaza leve), sea más o menos castigado según cual sea el sexo del sujeto activo. Considerado en su integridad, es decir, en sus dos párrafos, el sujeto activo puede ser tanto hombre como mujer. El precepto permite castigar como delito las amenazas leves proferidas por una mujer contra un varón, si éste resulta ser conviviente «especialmente vulnerable». Aun centrándonos en el primer párrafo, la mayor protección penal de las dos subcategorías femeninas se explica no como privilegio arbitrario por razón del sexo sino por virtud de la apreciación legislativa acerca de la particular vulnerabilidad de esos colectivos. Es esta mayor vulnerabilidad, no el mero dato del sexo o del género, lo que justifica la tutela penal. Por tanto, no hay discriminación por razón de sexo o género —prohibida por el art. 14 CE— sino mayor protección penal basada en datos objetivos y estadísticamente respaldados que justifican un trato penal diferenciado, el cual ni sobrepasa los límites de lo razonable ni resulta desproporcionado.

De otra parte considera que no puede afirmarse con rigor que el art. 171.4 CP incorpore una suerte de presunción *iuris et de iure*, según la cual «toda amenaza contra una mujer que proceda de un hombre» necesariamente representa un «instrumento para mantener la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres», cuestión que el Abogado del Estado considera más propia del art. 24.2 CE o del art. 25.1 CE que del art. 14 CE. Ni tampoco que el art. 171.4 CP castigue «toda amenaza contra una mujer que proceda de un hombre». En opinión del Abogado del Estado, «esto simplemente no es cierto», pues la previsión legal se extiende a las amenazas de quien fue o es esposo o de quien mantiene o mantuvo con la ofendida una relación análoga de afectividad; y castiga las amenazas de cualquier persona —con independencia de su sexo— contra cualquier conviviente especialmente vulnerable. El art. 171.4 CP no cubre, pues, todas las amenazas de un hombre contra una mujer, sino sólo las proferidas en el contexto de una relación heterosexual de pareja. Las amenazas leves acaecidas en un contexto laboral o en un accidente circulatorio se castigan con igual pena, sea cual sea el sexo o el género del ofensor y del ofendido. En cambio, es cierto que en las relaciones afectivas entre personas de distintos sexos (o relaciones heterosexuales de pareja) sí que se entiende que, ante la violencia física o moral, la mujer ocupa una posición más vulnerable y, por ello, más digna de protección penal. Pero con ello el legislador no presume nada,

sino que se limita a tomar en consideración una realidad social comprobable y acreditada estadísticamente.

d) Niega el Abogado del Estado que pueda aceptarse el argumento de la responsabilidad por hechos ajenos basado en la estadística que, por lo demás, parece más propio encuadrar en el art. 25.1 CE que en el art. 14 CE, pues de las amenazas previstas y penadas en el art. 171.4 CP responde quien las comete, y responde a título de hecho propio que le es atribuible y reprochable. La estadística —en la medida en que pueda revelar una mayor situación de riesgo o una mayor vulnerabilidad de ciertos colectivos a determinadas conductas delictivas— es un elemento de la realidad que puede haber tomado en cuenta el legislador para configurar de una determinada manera el tipo agravado del art. 171.4 CP, modulando la intensidad de la tutela penal atendida la especial exposición al riesgo de las distintas categorías de víctimas potenciales. Algo que, insiste el Abogado del Estado, corresponde al legislador de acuerdo con la doctrina constitucional (STC 55/1996).

e) Por su parte, sostiene que la tacha según la cual el art. 171.4 CP es una muestra de derecho penal de autor encuentra difícil acomodo en el art. 14 CE, pues se trata más bien de una cuestión que, si procediera, más bien debe considerarse a la luz del art. 25.1 CE, en relación con los arts. 1.1 y 10.1 CE. Tras citar las SSTC 270/2994 y 150/1991, considera que el art. 171.4 CP no contiene un tipo de autor dado que no sanciona una personalidad, un carácter, un modo de conducir la propia vida. Su aplicación no exige un juicio de personalidad del autor. Castiga hechos, hace responder penalmente por hechos bien descritos: amenazar levemente a ciertas personas, y con el dolo específico de «ejercer presión sobre la víctima, atemorizándola y privándola de su tranquilidad y sosiego, dolo indubitado, en cuanto encierra un plan premeditado de actuar con tal fin». Ni siquiera puede afirmarse que la razón de la agravación esté en alguna cualidad o característica del autor, porque se asienta en las mayores exigencias protectoras nacidas de la especial vulnerabilidad que afecta a las potenciales víctimas en el contexto de una relación heterosexual de pareja o de mera convivencia, de manera que la agravación reposa en circunstancias asociadas al sujeto pasivo de la infracción penal.

f) Tras recordar la doctrina de este Tribunal sobre el principio de proporcionalidad en materia penal, apunta el Abogado del Estado que la gravedad de una conducta delictiva no sólo ha de medirse en una perspectiva intrínseca, sino también desde un punto de vista extrínseco, esto es, atendidas sus circunstancias que, por lo general, el autor de la infracción conoce; entre ellas la actual y frecuente comisión de la infracción penal y la posible extensión futura de tales conductas delictivas. De este modo, si determinado tipo de delitos muestra una tendencia a proliferar en determinado tiempo, el propio principio de proporcionalidad no sólo permite sino que exige un reforzamiento de la prevención general mediante un aumento de pena, aunque la gravedad intrínseca del delito pueda no ser excesiva.

A partir de tal afirmación, el Abogado del Estado indica que a la hora de razonar la supuesta desproporción de la pena, el sacrificio de derechos y el derroche inútil de coacción, el Juzgado cuestionante se limita a reiterar lo ya expuesto como infracción del art. 14 CE sin más que alegar como ejemplo que en el caso de una discusión entre los miembros de una «pareja, matrimonio, ex matrimonio o ex pareja», en que ambos profieren amenazas leves, éstas son castigadas como delito en el hombre y como falta en la mujer. Ciertamente, la consecuencia punitiva que enuncia el Juez cuestionante no tiene por qué ocurrir, parece, si se apreciara que es el hombre quien puede considerarse «persona especialmente vulnerable». Pero la justificación de esa aparente desigualdad de trato es la especial vulnerabilidad que el legislador aprecia en las mujeres en el contexto de las relaciones heterosexuales de pareja. En consecuencia, si se niega la violación del art. 14 CE, no puede aceptarse esta supuesta desproporción de las penas fijadas en el art. 171.4 CP.

7. En los escritos de alegaciones presentados en los correspondientes procedimientos, el Fiscal General del Estado concluye que el precepto cuestionado no vulnera ninguna norma constitucional.

Sus alegaciones comienzan con referencias a las SSTC 182/2005; 213/2005; 28/1992; y ATC 233/2004, para afirmar a continuación que dado que la cuestión se plantea respecto de una norma penal, y respecto a una de las causas de discriminación expresamente proscritas en la CE, resulta claro que el canon de control de la legitimidad de la diferencia y las exigencias de proporcionalidad es muy estricto y la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación es más rigurosa que en otros supuestos en los que se afirma la mera desigualdad en la ley.

Continúa indicando que para el legislador de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, el problema de la violencia de género es un problema de dimensión universal y gravedad extrema; uno de los ámbitos en que esta violencia se produce es el de las relaciones de pareja, en el que los condicionantes socioculturales que actúan sobre el género masculino y femenino sitúan a la mujer en una posición de subordinación; constata que ello acaece en la realidad española, y que la ley cuestionada pretende combatir esa violencia que sufren las mujeres en un específico ámbito de la relación sentimental, esto es, el de pareja, tomando como base que dicha violencia es consecuencia de las relaciones de poder, dominio y posesión que han ejercido históricamente los hombres sobre las mujeres en esta específica relación personal, pero sin desconocer el carácter transversal del problema que afecta a todos los sectores de la sociedad y precisa soluciones que incidan en la multiplicidad de sus causas y efectos, con una respuesta que quiere ser global, por lo que establece medidas de diversa índole, y no sólo penales.

Frente al planteamiento del juzgador proponente, que niega que la relación de que se trata o el sexo de los intervinientes puedan ser tomados en consideración por el legislador, so pena de incurrir en la vulneración del art. 14 CE, el Fiscal General del Estado alega que el legislador, dentro de los delitos que afectan a la pacífica convivencia en el ámbito doméstico, sólo ha tomado en consideración el tipo de relación familiar de que se trata y el sexo de los sujetos intervinientes cuando dichos extremos tienen incidencia criminógena y, además, teniendo en cuenta que dicha incidencia es extrema y causante de una brutal magnitud delictiva en la que, además de verse afectados una pluralidad de bienes jurídicos, aparece también afectado el derecho a la igualdad de las víctimas. Todo lo cual origina que su protección ante los actos de maltrato exija la adopción de medidas integrales, distintas a las que, en general, se han de adoptar para proteger a las víctimas.

Añade que la agravación punitiva no sólo se produce en este ámbito específico de la violencia doméstica, sino que es extendida por el legislador a cualesquiera relaciones familiares ya parentales, ya maternas, ya filiales, ya incluso de relación de pareja, cuando concurran en la víctima circunstancias objetivas de desprotección, sean de la índole que sean, y en tales casos la agravación entra en juego cualquiera que sea el sexo del agresor y del agredido.

Ahora bien, como los condicionamientos socioculturales de que se trata y el consiguiente desconocimiento de los derechos de las mujeres en el ámbito de estas relaciones afectivas, pueden no acaecer en el supuesto concreto objeto de enjuiciamiento, o aparecer debilitados teniendo una relevancia escasa, el legislador ha articulado el tipo penal cuestionado dotándole de una especial elasticidad punitiva, de forma que permite al juzgador escoger entre una pluralidad de respuestas penales a fin de adecuar la sanción penal a las circunstancias específicas que concurren en cada caso, hasta el punto de que en los supuestos en que estos condicionantes apenas existieran, la disparidad punitiva llega casi a diluirse, hasta el punto de que en alguno de los casos el propio Magistrado proponente la llega a tildar de *cuasi* inocua y simbólica.

De todo ello fluye, concluye el Fiscal General del Estado, que la disparidad normativa que se denuncia se funda en criterios objetivos y razonables, sin que las consecuencias jurídicas que se derivan de tal distinción resulten desproporcionadas a la finalidad perseguida, esto es una protección más eficaz a las mujeres, en un ámbito específico en que son víctimas mayoritarias de determinadas agresiones, sin que los resultados puedan ser tenidos por desmedidos o excesivamente gravosos, dado el sistema punitivo articulado, habiéndose tomado en consideración elementos de indudable trascendencia criminógena para el endurecimiento punitivo y habiéndose extendido el fin de protección que con esta

agravación se persigue a todas las relaciones familiares y a todas las víctimas que reclaman especial protección sin distinción de sexo. Descartada la vulneración del derecho a la igualdad, desaparece la base en la que el Magistrado proponente hace descansar las otras dudas de constitucionalidad que vinculaba de forma exclusiva en la discriminación por razón de sexo.

8. Mediante providencia de 22 de mayo de 2008, el Pleno de este Tribunal concedió un plazo de diez días al Abogado del Estado y al Fiscal General del Estado para que pudiesen alegar lo que estimaren conveniente en torno a la acumulación a la cuestión de inconstitucionalidad núm. 7258-2005, de las seguidas con los núms. 208-2006, 5865-2006, 5866-2006, 6171-2006 y 6477-2006. Tanto Abogado del Estado como el Fiscal General del Estado interesaron la acumulación, que fue acordada mediante Auto de 17 de febrero de 2009.

9. Mediante providencia de 23 de junio de 2009 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 25 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Al igual que en el supuesto analizado y resuelto por el Pleno en la STC 45/2009, de 19 de febrero, el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Orihuela (Alicante) considera que el párrafo primero del art. 171.4 del Código penal (CP), en su vigente redacción, dada por el art. 38 de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, puede ser contrario a los principios de igualdad y de proporcionalidad de las penas, cuyo reconocimiento constitucional sitúa en los arts. 14, 9.3, 17.1 y 25.1 de la Constitución. Tanto el Abogado del Estado como el Fiscal General del Estado se oponen a esta consideración e interesan la desestimación íntegra de todas las cuestiones acumuladas, aunque la petición principal del Abogado del Estado solicita la inadmisión parcial de las mismas en lo referido al párrafo segundo del art. 171.4 CP, así como la desestimación de todas ellas en el resto de sus pretensiones.

El párrafo primero del art. 171.4 CP sanciona «con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años» a quien «de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia». Por su parte, el párrafo segundo del mismo precepto prevé iguales penas para quien «de modo leve amenace a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor».

2. Para delimitar mejor el objeto de las presentes cuestiones de inconstitucionalidad, a la vista de la petición de inadmisión parcial planteada por el Abogado del Estado en relación con el segundo párrafo del art. 171.4 CP, hemos de poner de relieve que dicho supuesto legal no es objeto de la duda de constitucionalidad planteada pues, aunque al citar el precepto legal cuestionado, los Autos de planteamiento analizados se refieren en su totalidad al apartado cuarto del art. 171 CP, la duda queda después centrada exclusivamente en la previsión legal establecida en el primero de sus párrafos, dado que su argumentación se apoya inequívocamente en la consideración de que sólo las mujeres pueden ser sujeto pasivo del delito definido en dicho primer párrafo. A la misma conclusión se llega si examinamos las actuaciones judiciales previas en las que se han planteado las distintas cuestiones, pues en todas ellas, a la vista del supuesto de hecho y la pretensión acusatoria, el fallo del proceso subyacente depende únicamente de la validez del primer párrafo del art. 171.4 CP, no así del segundo, referido a personas especialmente vulnerables que convivan con el autor. Idéntica conclusión se obtiene del contenido de la fase de alegaciones abierta ya en este proceso constitucional, pues todas las formuladas analizan sólo el primer supuesto típico, limitándose las referencias al segundo párrafo del art. 171.4 CP, exclusivamente, a utilizarlo como elemento argumentativo de comparación. Por lo

expuesto, el análisis de constitucionalidad que nos compete se ceñirá al párrafo primero del art. 171.4 CP, único que es objeto de cuestión en los distintos procesos constitucionales, a tenor del contenido de las resoluciones judiciales dictadas.

3. Como con detalle se recoge en el antecedente tercero de esta resolución, el Magistrado proponente divide su argumentación en dos grandes bloques: considera que la norma penal cuestionada puede vulnerar el art. 14 de la Constitución en cuanto introduce una discriminación positiva por razón de sexo, en favor de la mujer, que deviene en indebida discriminación negativa en perjuicio del varón. Considera que tal decisión normativa no cabe en el ámbito penal porque con ella no se restaura desequilibrio alguno, sino que se desequilibra el ordenamiento jurídico en perjuicio del varón. Añade que la norma presume indebidamente en el sujeto activo la conciencia e intención de emplear la violencia para mantener la desigualdad entre hombres y mujeres y, finalmente, señala que en el ámbito al que se refiere la norma no hay una situación de 'bienes jurídicos escasos' que justifique la necesidad de reforzar la posición de la mujer. Desde otra perspectiva, abundando en la supuesta quiebra del art. 14 CE, señala que el art. 171.4 CP, en su primer párrafo, desconoce los principios constitucionales que conforman el Derecho penal, pues vulnera el principio de culpabilidad al exigir al sujeto activo responsabilidad por hechos ajenos cuando fundamenta la mayor punibilidad en la constatación estadística de una mayor violencia sobre las mujeres. Considera, en fin, que si se presume que la acción del hombre tiene el propósito de dominar, mantener o perpetuar la dominación sobre la mujer, se sobrevaloran los motivos de la conducta sobre el contenido de la acción; y si se entendiera que existe una peligrosidad innata en el hombre, se vulneraría el principio de responsabilidad por el hecho, entrando de lleno en el denominado «Derecho penal de autor», constitucionalmente vedado.

Por otra parte, entiende que el primer párrafo del art. 171.4 CP desconoce el principio de proporcionalidad penal por cuanto la pena privativa de libertad prevista es excesiva para la conducta de amenaza simple. Lo sería en sí misma, y lo sería si se compara con la previsión normativa para los casos en que el sujeto activo es mujer.

4. Ambas dudas de inconstitucionalidad han tenido ya respuesta expresa en todos sus extremos en la STC 45/2009, de 19 de febrero, a la que hemos de remitirnos y cuya argumentación básica pasamos a resumir para justificar la desestimación de las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas que aquí analizamos.

En relación con la supuesta vulneración del art. 14 CE en la que el legislador habría incurrido al definir el tipo penal, hemos dicho en la STC 45/2009, de 19 de febrero, FJ 3 (con la misma *ratio decidendi* de la anterior STC 59/2008, de 14 de mayo), que el punto de partida de nuestro análisis viene definido por la competencia exclusiva del legislador para el diseño de la política criminal y el amplio margen de libertad que le corresponde, dentro de los límites de la Constitución, para la configuración de 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. Por ello, el juicio de constitucionalidad que nos compete no lo es de eficacia, conveniencia o calidad de la norma, sino que, más limitadamente, a la jurisdicción constitucional compete sólo «enjuiciar si se han respetado los límites externos que el principio de igualdad impone desde la Constitución a la intervención legislativa». A lo que hemos añadido que el canon de enjuiciamiento para afrontar la respuesta de constitucionalidad que se nos pide es el propio del principio general de igualdad y no el de la prohibición de discriminación por razón de sexo que el Magistrado proponente expone al expresar su duda, pues «no constituye el del sexo de los sujetos activo y pasivo un factor exclusivo o determinante de los tratamientos diferenciados ... La diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa ... que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de

gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada».

Con la perspectiva que delimita el principio general de igualdad, la constitucionalidad de la norma cuestionada exige, según nuestra consolidada doctrina al respecto, «que el tratamiento diferenciado de supuestos de hecho iguales tenga una justificación objetiva y razonable y no depare unas consecuencias desproporcionadas en las situaciones diferenciadas en atención a la finalidad perseguida por tal diferenciación» (STC 59/2008, FJ 7, y 45/2009, FJ 4).

Y en la STC 45/2009, FJ 4, hemos declarado ya que la previsión normativa establecida en el art. 171.4 del Código penal responde palmariamente a un fin legítimo, que no es otro que «prevenir las agresiones que en el ámbito de la pareja se producen como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer en tal contexto; su pretensión así es la de proteger a la mujer en un ámbito en el que el legislador aprecia que sus bienes básicos (vida, integridad física y salud) y su libertad y dignidad mismas están insuficientemente protegidos. Su objetivo es también combatir el origen de un abominable tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad y de hacerlo con distintas clases de medidas, entre ellas las penales». También hemos afirmado que «resulta razonable el entendimiento del legislador de que concurre un mayor desvalor en las agresiones del hombre hacia quien es o fue su mujer que en cualesquiera otras en el ámbito de la relación de quienes son o fueron pareja afectiva, y que, más en general, en cualesquiera otras en el ámbito de las relaciones a las que se refiere el art. 173.2 CP (relaciones familiares y de guarda y custodia en centros públicos o privados). Si es razonable la apreciación de que tal mayor desvalor concurre en las primeras conductas, también lo es la de que debe imponerse una pena mayor para prevenirlas».

Por último, concluimos que tampoco cabe apreciar que la diferencia en las consecuencias jurídicas de las normas que se ofrecen como contraste entrañe una desproporción que conduzca por esta vía a la inconstitucionalidad, ex principio de igualdad, del primer párrafo del artículo 171.4 CP. Dicha conclusión se apoya tanto en las finalidades de la diferenciación, que no son otras que la protección de la libertad y de la seguridad de las mujeres, que el legislador entiende insuficientemente protegidas en el ámbito de las relaciones de pareja, y la lucha contra la desigualdad de la mujer en dicho ámbito (STC 59/2008, FJ 8), como en el establecimiento de un complejo y flexible sistema de determinación de la pena correspondiente al delito del art. 171.4 CP que permite, bien la elusión de la imposición de la pena de prisión, bien su rebaja en un grado, y que hace con ello que se reduzca la diferenciación punitiva expuesta (FJ 4.c de la STC 45/2009).

A lo que se ha de añadir que la previsión normativa analizada no desconoce tampoco el principio de culpabilidad penal pues no se sustenta en la existencia de una presunción legislativa de que en las agresiones del hombre hacia quien es o ha sido su mujer o su pareja femenina afectiva concurre una intención discriminatoria, o un abuso de superioridad, dado que «el legislador no presume un mayor desvalor en la conducta descrita de los varones ... a través de la presunción de algún rasgo que aumente la antijuridicidad de la conducta o la culpabilidad de su agente. Lo que hace el legislador, y lo justifica razonablemente, es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas en relación con la que tipifica el apartado siguiente (amenaza leve con armas u otros instrumentos peligrosos) y, a título de falta, el párrafo tercero del art. 620 CP (amenaza leve sin armas u otros instrumentos peligrosos) (STC 45/2009, FJ 5).

También hemos descartado que se esté atribuyendo al varón «una responsabilidad colectiva, como representante o heredero del grupo opresor» que vulnere el principio de responsabilidad por el hecho e incurra en una forma de Derecho penal de autor, pues no hay sanción por hechos de otros: «que en los casos cuestionados el legislador haya apreciado razonablemente un desvalor añadido, porque el autor inserta su conducta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas y porque dota así a su acción de una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa, no comporta que se esté sancionado al sujeto activo de la conducta por las agresiones

cometidas por otros cónyuges varones, sino por el especial desvalor de su propia y personal conducta: por la consciente inserción de aquélla en una concreta estructura social a la que, además, él mismo, y solo él, coadyuva con su violenta acción».

5. En lo que se refiere a la supuesta desproporción intrínseca de las penas previstas para la conducta definida en el párrafo primero del apartado cuarto del art. 171 del Código penal, ya señalamos antes, al hacer el juicio de igualdad, que no cabe apreciar que la diferencia en las consecuencias jurídicas de las normas que se ofrecen como contraste entrañe una desproporción que conduzca por esta vía a la inconstitucionalidad. Tras lo expuesto cabe reiterar aquí, en línea con lo resuelto por los AATC 233/2004, de 7 de junio y 332/2005, de 13 de septiembre, y en atención a la cuantía de la pena de la norma cuestionada, a sus posibilidades de adaptación a la gravedad del hecho y a las finalidades que la justifican —la protección de la libertad y la seguridad de las mujeres en el ámbito de las relaciones de pareja y la lucha contra la desigualdad de la mujer en el mismo—, que no se aprecia la inconstitucional desproporción que centra la segunda y última duda de constitucionalidad planteada. Tal como dijimos en la STC 45/2009, FJ 8: «a la vista de la relevancia social y la entidad constitucional de los bienes jurídicos que el precepto tutela y de la idoneidad de las sanciones en él previstas para prevenir tales conductas (nada de lo cual se cuestiona tampoco en el presente caso), y ante la inexistencia de medidas alternativas de menor intensidad coactiva, pero igualmente eficaces para conseguir la finalidad legítimamente deseada por el legislador ... ha de concluirse que la tipificación de tales conductas como delitos, estableciendo como sanción principal a las mismas no sólo la pena de prisión, sino como alternativa a ella la de trabajos en beneficio de la comunidad (lo que permite atemperar la sanción penal a la gravedad de la conducta), no vulnera el principio de proporcionalidad, al no poder constatarse un desequilibrio patente y excesivo entre el desvalor de la conducta y la sanción impuesta».

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación Española,

Ha decidido

Desestimar las cuestiones de inconstitucionalidad núm. 7258-2005, 208-2006, 5865-2006, 5866-2006, 6171-2006 y 6477-2006.

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

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

Voto particular que formula el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas respecto de la Sentencia de fecha 25 de junio de 2009, dictada en las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas núms. 7258-2005, 208-2006, 5865-2006, 5866-2006, 6171-2006 y 6477-2006, planteadas por el Magistrado-Juez titular del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Orihuela, respecto al art. 171.4 del Código penal en la redacción dada al mismo por el art. 38 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género

En la medida en que la actual Sentencia se funda en la aplicación al caso actual de la doctrina de las SSTC 59/2008, de 14 de mayo, y 45/2009, de 19 de febrero, respecto de las que en su día también discrepé con formulación de sendos Votos particulares, en lógica coherencia con mi posición precedente, reitero mi discrepancia respecto a la

presente Sentencia, ejercitando al respecto la facultad establecida en el art. 90.2 LOTC, con expresión, ello no obstante, de mi respeto hacia los Magistrados de cuya tesis me aparto.

La base fundamental tanto de las precedentes, como de la actual Sentencia (aunque cada una de ellas se refiera a distintos preceptos del Código penal), se cifra en el mayor desvalor de la conducta inculpada cuando es el varón el que la realiza, que cuando es realizada por una mujer en las circunstancias que el precepto indica y en el seno de la relación interpersonal a la que se circunscribe. En el Voto particular a la STC 59/2008, de 14 de mayo, expuse las razones que me llevaban a no aceptar ese proclamado mayor desvalor, razones a las que me remito en su integridad, dándolas aquí por reproducidas, y que incluso en este caso se intensifican, habida cuenta que, no sólo se trata de penalizar una misma conducta con diferente pena, sino incluso de considerarla en algún caso delito o falta según su autor.

Por lo expuesto considero que la cuestión de inconstitucionalidad debía haberse estimado, y declarada la inconstitucionalidad del precepto cuestionado.

Madrid, a veinticinco de junio dos mil nueve.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez a la Sentencia de 25 de junio de 2009 que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad núm. 7258-2005 y acumuladas a ella

En el ejercicio de la facultad conferida por el art. 90.2 LOTC expongo mi discrepancia con la Sentencia aprobada, comenzando por expresar que la circunstancia de haber recaído en mí la condición de Ponente de la Sentencia a la que formulo este Voto particular me obliga a señalar que su redacción refleja el criterio de mis compañeros, pero del que disiento, en la medida en que aplica la doctrina fijada en las SSTC 59/2008, de 14 de mayo, y 45/2009, de 19 de febrero, a las que formulé sendos Votos particulares («Boletines Oficiales del Estado» de 4 de junio de 2008 y 14 de marzo de 2009), cuyo contenido reitero en este momento.

Madrid, a veinticinco de junio de dos mil nueve.—Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas, respecto a la Sentencia del Pleno de fecha 25 de junio de 2009 dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 7258-2005 y seis más acumuladas

En el ejercicio de la facultad que nos confiere el art. 90.2 LOTC y con el pleno respeto a la opinión de la mayoría, expreso mi discrepancia con la Sentencia que fundo en las siguientes consideraciones:

1. Parto de la base de que la cuestión planteada ante este Tribunal por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Orihuela sobre el art. 171.4 del Código penal, en la redacción dada al mismo por el art. 38 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, está formulada con gran rigor jurídico y asentada en sólidos argumentos, hasta el punto de que si la interpretación del precepto, que se hace razonablemente en el correspondiente Auto, fuera la única posible, conduciría inexorablemente a la declaración de inconstitucionalidad; conclusión a la que también llega la Sentencia de la mayoría en el fundamento jurídico 4.

2. He de recordar que en la Sentencia dictada por el Pleno, en fecha 14 de mayo de 2008, en la cuestión de inconstitucionalidad núm 5939-2005, planteada en su día por la titular del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia, sobre el art. 153.1 del Código penal, reformado por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, ya formulé Voto particular.

Mi discrepancia se fundaba en que, aunque aceptaba la posibilidad de una interpretación conforme sobre la existencia de un especial desvalor, cuando la conducta del varón está inspirada en la secular situación de sometimiento de la mujer en las relaciones de pareja, lo que lleva consigo una mayor gravedad y, por ende, un reproche social mayor, que legitimaba la diferencia de trato penal, sostuve que la mayor sanción procedía del establecimiento de una agravante específica en el artículo cuestionado, cuya concurrencia había de probarse en el conjunto de los hechos denunciados y que, como no estaba expresada en el precepto, exigía una interpretación conforme a la Constitución que, figurando en los fundamentos de la Sentencia, debía de haber tenido su reflejo en el fallo de manera expresa.

3. En el caso del art. 171.4 CP, objeto de las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas, la cuestión es aún más aguda, porque no se trata de una pena mayor para un mismo hecho, según se cometa por la mujer, o por el hombre, sino de que esa misma conducta en un caso constituye falta y en el otro delito, lo que, aparte de otras consideraciones respecto a que de por medio está el empleo de armas, hubiera exigido una mayor ponderación respecto a la proporcionalidad y la igualdad, y en todo caso, una interpretación conforme expresa, llevada al fallo.

Madrid, a veinticinco de junio de dos mil nueve.—Ramón Rodríguez Arribas.—Firmado y rubricado.