

Suplemento

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

12517 Pleno. Sentencia 154/2009, de 25 de junio de 2009. Cuestión de inconstitucionalidad 5438-2006. Planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Toledo 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, presunción de inocencia y legalidad 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 la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5438-2006, planteada por el Magistrado titular del Juzgado de lo Penal núm. 2 de los de Toledo, 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 la Presidenta doña María Emilia Casas Baamonde, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El día 18 de mayo de 2006 tiene entrada en este Tribunal con el núm. 5438-2006, un escrito de la Secretaría Judicial del Juzgado de lo Penal núm. 2 de los de Toledo al que se acompaña, junto al testimonio de los autos de juicio rápido núm. 1013-2006, el Auto del referido Juzgado de 25 de abril de 2006 en el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto al art. 171.4 del Código penal por su posible contradicción con los arts. 1.1, 9.2, 9.3, 10, 14, 17.1, 24.1, 24.2 y 25.1 CE.

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

a) Con fecha 22 de marzo de 2006, el Juzgado de Instrucción núm. 5 de los de Toledo dictó Auto acordando la incoación de diligencias urgentes núm. 36-2006, a raíz de la denuncia de amenazas de muerte y malos tratos sin lesión, interpuesta por una mujer contra su marido.

Una vez dictado Auto de apertura del juicio oral, el Ministerio Fiscal formuló escrito de acusación por unos hechos que fueron calificados como un delito de amenazas previsto y penado en el art. 171.4 y 2 párrafo del núm. 5 del mismo artículo del Código penal, solicitando la imposición al acusado de una pena de un año de prisión e inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y tres años de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, junto con la prohibición de comunicarse con la perjudicada y aproximarse a ella por un período de tres años. La acusación particular,

por su parte, se adhirió a la calificación del Ministerio Fiscal, con las modificaciones que hizo constar, oponiéndose la defensa a dicha calificación.

b) Recibidas las actuaciones en el Juzgado de lo Penal núm 2 de los de Toledo, y celebrada la vista oral, el Juzgado dictó providencia de fecha 6 de abril de 2006, por la que se acordaba oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que pudieran alegar sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto al art. 171. 4 CP, en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, por posible vulneración de los arts. 1, 9, 10, 14, 17 y 24 CE. El Ministerio Fiscal se opuso al planteamiento de la cuestión y el acusado consideró correcto y pertinente lo planteado por el Juzgado.

c) Finalmente, la cuestión de inconstitucionalidad fue promovida mediante Auto de 25 de abril de 2006.

3. El Auto de planteamiento cuestiona el art. 171.4 CP por considerarlo contrario a los arts. 1.1, 9.2, 9.3, 10, 14, 17.1, 24.1, 24.2 y 25.1 de la Constitución.

a) En un primer bloque argumental, se analiza la supuesta vulneración del principio de igualdad (art. 14 CE), en conexión con los valores de libertad, dignidad de la persona y justicia (arts. 1, 10.1 y 17 CE).

Entiende el órgano judicial que la acción positiva no puede plantearse a través de medidas de naturaleza punitiva a favor de la mujer, porque ello supone la discriminación injusta del varón. La norma penal, por tanto, debe ser neutra, ya que en el ámbito penal —a diferencia de lo que ocurre en otros ámbitos— ni existe un desequilibrio previo ni nos encontramos ante un bien escaso al que acceda la mujer, ya que se parte de una igual situación respecto a la tutela judicial penal, por lo que modificar dicha situación ha de provocar necesariamente discriminación negativa. No es posible, por lo tanto, apreciar en la tutela penal de derechos fundamentales una desigualdad de partida y no se justifica, en consecuencia, una sobreprotección de la integridad física y psíquica de la mujer, máxime si ello significa, a la vez, una innecesaria superior restricción de los derechos en el hombre.

A continuación, indica que la ley crea un tipo agravado en el art. 171.4 CP que se caracteriza porque el sujeto activo ha de ser necesariamente un hombre y el sujeto pasivo una mujer (salvo los supuestos de personas especialmente vulnerables), lo que en opinión del órgano judicial es inequívoco si el precepto se pone en relación con el art. 1.1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre. Ello nos introduce de lleno en un Derecho penal de autor frente al tradicional Derecho penal del hecho, lo que considera que atenta contra los arts. 1. 10 y 14 CE. Cita, en este sentido, las SSTC 150/1991, 76/1990 y 219/1998, para concluir este planteamiento afirmando que castigar o castigar más por razón del sexo (varón) supone castigar no por lo que se hace sino por lo que se es.

Tomando como base el concepto de violencia de género contenido en el art. 1.1 de la Ley Orgánica 1/2004, afirma que el precepto cuestionado avala la existencia de una presunción *iuris et de iure* de ejercicio de violencia de género por parte de los hombres hacia sus parejas con base en meros criterios estadísticos. Esta presunción llevaría consigo un tratamiento discriminatorio en materia de penas que no debería afectar a los valores primarios y derechos fundamentales de la persona, pues no se entiende bien por qué tiene más valor el bien jurídico «integridad física o psíquica» o el bien jurídico «libertad» de una mujer que el de un hombre. Pero incluso si se planteara la posibilidad de exigir en todo caso, en este tipo agravado, la concurrencia en el autor de un elemento subjetivo del tipo (consistente en la voluntad de actuar abusando de la discriminación y de la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres), tal exigencia tampoco restablecería la igualdad conculcada, pues aún así permitiría, en el mejor de los casos, una agravación de la pena para el varón que no se permitiría para la mujer maltratadora.

Por otro lado, considera que se puede producir la paradoja (que denomina anecdótica) de no haber contemplado la nueva ley los supuestos de violencia cometidos dentro de una pareja estable homosexual, lo que supondría una nueva discriminación, esta vez por

omisión. Y en todo caso no estarían comprendidos los supuestos de parejas homosexuales femeninas.

b) La segunda duda de constitucionalidad la refiere el Auto a la violación del principio de presunción de inocencia, que conecta con el principio de culpabilidad (art. 24.2 CE), así como con la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Comienza su argumentación el Magistrado indicando que el art. 171.4 CP establece una presunción que no admite prueba en contrario en virtud de la cual toda violencia contra la mujer por parte de sus parejas o ex-parejas masculinas constituye una manifestación de la discriminación, sin tener en cuenta otros posibles orígenes de dicha violencia, lo que vulneraría el principio constitucional a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y, consecuentemente, el principio de culpabilidad que rige en el Derecho penal, al prever el tipo un plus cuantitativo de pena en todo caso con base en el sexo del autor y no en base a un elemento de la acción.

Esta presunción también vulnera el art. 24.1 CE, al impedir que el Juez pueda valorar la concurrencia de dicho plus agravatorio, que siempre se supone; y al acusado se le impide igualmente defenderse sobre el mismo, ya que inexorablemente se le atribuye. Esta situación lleva al promotor de la cuestión a afirmar que «la discriminación, el mayor castigo del agresor cuando es hombre, se reduzca al ámbito de la relación de pareja y no en todos los ámbitos no impide ... apreciar la indebida desigualdad de trato aquí denunciada (y que sería más flagrante y subjetivamente dolorosa en los casos de malos tratos recíprocos hombre-mujer), pues ésta descansa en la presunción *iuris et de iure* que el precepto cuestionado establece de la especial vulnerabilidad de la mujer en todo caso (en verdad la pretendida superioridad física del hombre sobre la mujer no es hoy siempre una realidad aunque el hombre no sea especialmente vulnerable, y además el argumento no sirve cuando, como aquí ocurre, el precepto iguala la violencia o maltrato físico al psíquico), castigando por ello y sin posibilidad de defensa al agresor masculino, y ello incluso en los casos concretos en que tal especial vulnerabilidad de la mujer no existe en modo alguno, así como descansa en la presunción *de iure*, con la indefensión consiguiente que ello provoca, siempre y en todo caso, de la especial peligrosidad o ánimo dominador del agresor, privilegiando así en todo caso a la mujer cuando es ella la agresora y la víctima no es, ni tiene porque ser, especialmente vulnerable o, aún siéndolo, no convive con la agresora».

c) En tercer lugar, considera el Magistrado cuestionante que la norma penal vulnera el principio de legalidad (art. 25.1 CE), puesto en relación con el derecho a la dignidad humana (art. 10.1 CE) y con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), en la medida en que introduce tanto un concepto jurídico indeterminado contrario a la exigencia de *lex certa* («persona especialmente vulnerable»), como una presunción que no admite prueba en contrario, consistente en el ánimo del sujeto activo.

Por otro lado, afirma que la introducción en el tipo del concepto «persona especialmente vulnerable» lleva al ánimo del intérprete jurídico la pregunta de si el legislador ha querido considerar a toda mujer como «persona especialmente vulnerable», al menos en el ámbito de sus relaciones con su pareja o ex-pareja, introduciendo una nueva presunción sin prueba en contrario, lo que también comprometería el valor de la «dignidad humana» de la mujer como tal.

d) En relación ahora con el art. 9 CE, sostiene el órgano judicial promovente de la cuestión que no es posible la «discriminación positiva» cuando, como es el caso, la remoción de los obstáculos para conseguir la igualdad y libertad real de grupos lleva por exceso a una discriminación negativa de individuos concretos. Pues «precisamente aquí no se trata, lo que sí sería justo, de remover obstáculos materiales, ya que se parte de una situación de real igualdad ante la ley y ante la Administración de Justicia penal». No se trata pues «de haber incidido sobre una inicial oferta desigual de bienes escasos, ni de agravar por igual las penas de maltratadores y maltratadoras si se consideraban las ya existentes insuficientes a los fines de prevención, lo que sí puede ser lícito dentro de la libertad configuradora de tipos y penas que corresponde al legislativo sólo limitado al respecto por el principio de proporcionalidad». Por ello, sostiene que la acción del legislador

es arbitraria e injusta, citando las SSTC 120/2000, de 10 de mayo, y 181/2000, de 26 de junio, relativas a la estrecha conexión entre el principio de interdicción de la arbitrariedad y el valor superior justicia.

Tras la exposición de las tachas de inconstitucionalidad, se plantea el órgano judicial si cabe una interpretación de la norma conforme a los preceptos constitucionales, lo que rechaza por entender que la misma no sólo sería forzadísima sino, seguramente, tampoco constitucional. A tal efecto, alega que «exigir para la aplicación del art. 171.4 CP un elemento subjetivo del tipo consistente en que el autor del delito (varón), por imperativo del art. 1.1 de la referida Ley, actúe 'en manifestación de la discriminación' y de las 'relaciones de poder', supone por un lado someter a una violencia extrema la norma penal, que nada incluye al respecto ni constituye norma penal en blanco, y es interpretación contraria pues a dicho ordenamiento penal y a sus principios interpretativos restrictivos». Y en todo caso, «aunque dicha interpretación dulcificara aquella inconstitucionalidad, al ofrecer la vía para excluir de la aplicación de dicho tipo agravado los supuestos en que no se pruebe aquel ánimo discriminatorio (lo que salvaría tal vez los principios de presunción de inocencia y de posible indefensión y tutela judicial), no salvaría sin embargo el obstáculo que supone el principio de igualdad, ya que de ser el autor del delito el componente femenino de la pareja la inaplicación del tipo agravado sería siempre y todo caso, sin siquiera posibilidad de prueba (que sería impertinente) sobre la existencia de ánimo de poder o análoga».

Finalmente, argumenta que la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión en cuanto, a la vista del relato de hechos que anticipa en su resolución, los mismos son en verdad constitutivos de amenazas leves sin uso de armas o instrumento peligroso en domicilio común y en presencia de menor, por el hombre sobre quien fue su pareja femenina, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2004 y subsumibles, pues, en el art. 171.4 CP, según ha quedado éste redactado por la referida Ley. De ahí también que la decisión del proceso dependa aquí de la validez de la norma cuestionada, dado que la validez o nulidad de esta norma y la resolución que competa adoptar (juicio de relevancia estricto), resulta evidente.

4. La Sección Primera de este Tribunal acordó, mediante providencia de 26 de septiembre de 2006, admitir a trámite la cuestión que sobre la constitucionalidad del art. 171.4 CP ha planteado el Magistrado Juez titular del Juzgado de lo Penal núm. 2 de los de Toledo, así como dar traslado de las actuaciones recibidas, de conformidad con el art. 37.2 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia, y al Fiscal General del Estado al objeto de que en el plazo de quince días puedan personarse en el proceso correspondiente y formular las alegaciones que estimen convenientes. En las mismas resoluciones se acuerda publicar la incoación de la cuestión en el «Boletín Oficial del Estado», lo que tuvo lugar en el de fecha 9 de octubre de 2006.

5. El Presidente del Congreso de los Diputados comunicó en fecha 6 de octubre de 2006 el Acuerdo de la Mesa de la Cámara por el cual decidió no personarse ni formular alegaciones en el procedimiento, poniendo a disposición del Tribunal las actuaciones que pudiera precisar.

El Presidente del Senado comunicó en fecha 11 de octubre de 2006 que la Mesa de la Cámara había acordado personarse en el procedimiento y dar por ofrecida su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

6. En su escrito de alegaciones, presentado el día 23 de octubre de 2006, el Fiscal General del Estado concluye que el precepto cuestionado no vulnera ninguna norma constitucional, indicando que «examinado el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad de fecha 25 de abril de 2006, se comprueba que su argumentación coincide con la del Auto de 1 de diciembre de 2005, dictado por el mismo Magistrado, por el que promovió cuestión de inconstitucionalidad sobre otro precepto, que fue registrada con el núm. 8970/2005, en la que el Fiscal General del Estado formuló alegaciones mediante escrito de fecha 23 de marzo de 2006 que, para evitar reiteraciones da por reproducido en el presente dictamen. Por lo demás el dispar tratamiento punitivo

contemplado en el vigente art. 171.4 CP en relación al previsto en el art. 620.2 del mismo texto legal, ha sido analizado por el Fiscal General del Estado en sus alegaciones efectuadas vgr. en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5983/2005, mediante escrito fechado el 16 de noviembre de 2005, que, también para evitar reiteraciones, da por reproducido en el presente dictamen».

7. El Abogado del Estado se personó en el procedimiento en nombre del Gobierno, mediante escrito registrado en este Tribunal el día 16 de noviembre de 2006, solicitando en su escrito de alegaciones que se dicte Sentencia declarando inadmisibile la cuestión respecto al segundo párrafo del art. 171.4 CP por su manifiesta irrelevancia, desestimándola en lo demás; subsidiariamente pide la desestimación íntegra de la cuestión.

Inicia sus alegaciones el Abogado del Estado afirmando que se cuestiona la constitucionalidad del art. 171.4 CP, pero que no 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, no del segundo, puesto que las amenazas leves, proferidas por el marido contra la mujer, habrían de quedar encuadradas en aquél, por lo que la cuestión sólo es admisible respecto al primer párrafo del art. 171.4 CP. Expone seguidamente otra razón de inadmisibilidad parcial, que afecta al razonamiento jurídico tercero del Auto de planteamiento, en el que se sostiene la violación de la garantía constitucional de la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE), en particular de la garantía de certeza legal. Este fundamento de posible inconstitucionalidad no aparece mencionado en la providencia de 6 de abril de 2006, mediante la que se sometió a las partes y al Fiscal la procedencia de plantear la cuestión. En la medida en que este defecto ha imposibilitado a las partes conocer el contenido de la cuestión en el punto relativo a la falta de certeza legal que se desarrolla posteriormente en el Auto de planteamiento, la cuestión sería parcialmente inadmisibile respecto al fundamento de inconstitucionalidad basado en la infracción del art. 25.1 CE.

Tras una serie de consideraciones generales acerca del precepto penal cuestionado y el tipo de tutela que dispensa, se recuerda que, conforme a la doctrina de este Tribunal 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, gozando de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional. Por tanto, no compete al Tribunal Constitucional enjuiciar ni valorar temas de política legislativa criminal, pues la realidad social sólo es valorable por el legislador.

A continuación, en relación ya con la planteada vulneración del principio de igualdad (art. 14 CE), que el Magistrado cuestionante relaciona con los arts. 1, 10.1 y 17.1 CE, afirma el Abogado del Estado que el art. 171.4 CP no introduce una discriminación positiva en beneficio de las mujeres y una discriminación negativa en perjuicio de los varones. Con dicho precepto se 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 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 no sobrepasa los límites de lo razonable ni resulta desproporcionado.

Tampoco puede afirmarse que el art. 171.4 CP castigue «toda amenaza contra una mujer que proceda de un hombre». Castiga 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 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 estadísticamente acreditada.

Por esta razón, considera el Abogado del Estado que no puede aceptarse que el precepto cuestionado viole la dignidad de varones y mujeres. El art. 171.4 CP protege no a todas las mujeres —y ni siquiera a todas las mujeres que pueden padecer violencia familiar (madre amenazada por su hijo)— sino sólo a las que están o han estado en relación afectiva de pareja con un varón. Consecuentemente, no supone marcar al varón como «maltratador nato» en cualesquiera relaciones sociales que puedan trabar personas de uno y otro sexo sino dispensar mayor protección penal a las mujeres en un concreto tipo de relaciones. En resumen, la finalidad protectora del art. 171.4 CP no puede conceptuarse privilegio discriminatorio por razón del sexo o «género», sino medida penal dirigida a erradicar o disminuir la violencia de los varones contra las mujeres en una clase bien precisa de relaciones sociales, las afectivas de pareja y no en las demás. Por supuesto, dar mayor protección a quien la requiere no puede redundar en menoscabo de la dignidad de la clase de personas destinatarias de la tutela.

También se rechaza la tacha de que el art. 171.4 CP es una muestra de derecho penal de autor, que encuentra difícil acomodo en el art. 14 CE, debiendo 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, alega el Abogado del Estado que el art. 171.4 CP no contiene un tipo de autor; 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.

Por último, el Abogado del Estado afirma que carece de relevancia la cita del art. 17.1 CE, no sólo porque no siempre el castigo por el delito del art. 171.4 CP lleva consigo la privación efectiva de libertad, sino porque el reproche «a mayor pena mayor restricción de libertad», que cita el Magistrado promotor no tiene otro significado real que exponer —con mayor fuerza retórica— que el art. 171.4 CP convierte en delito lo que con otros autores o en otros contextos sociales no pasaría de ser falta.

Seguidamente, en relación ahora con la alegada infracción de la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y del derecho a no quedar indefenso (art. 24.1 CE), afirma el Abogado del Estado que estamos ante una nueva presentación de la tesis centrada en la inconstitucional presunción *iuris et de iure*. Si se acepta que la violencia de género en los denominados contexto de pareja (o expareja) heterosexual se ejerce como «manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres», entonces la decisión legislativa de vigorizar la tutela penal de las mujeres contra los varones en los mencionados contextos es medida que satisface todos los cánones de proporcionalidad y no puede considerarse inconstitucional. El nuevo art. 171.4 CP no viola la presunción de inocencia. El género masculino del autor de la amenaza leve es elemento casi diríamos inherente al tipo, imprescindible para alcanzar la finalidad

pretendida por el legislador: procurar mayor protección para el género que, por definición (art. 1.1 de la Ley Orgánica 1/2004, precepto no cuestionado) está discriminado, desigualado y sometido en los contextos de pareja heterosexual, a saber, el «género» femenino. Por lo demás, el género o sexo del autor puede ser una cuestión necesitada de prueba si, en algún caso, extrañísimo pero no inimaginable, existiera duda sobre el particular.

Tampoco puede justificarse el reproche de indefensión. La definición legal del tipo incluye que el «género» del autor de las amenazas leves sea el masculino, no en manera diferente a como el tipo de la prevaricación incluye que el autor sea «autoridad o funcionario público» (art. 404 CP) o «juez o magistrado» (art. 290 CP). Si se objeta que el género o sexo es uno de los rasgos constitucionalmente proscritos en el art. 14 CE, es lícito responder que la norma penal cuestionada se ha dictado justamente para proteger frente a discriminaciones en perjuicio del «género femenino».

La también alegada violación de la certeza legal garantizada por el art. 25.1 CE resulta irrelevante para el Abogado del Estado: el tipo aplicable y de cuya validez depende el fallo no hace uso del concepto «persona especialmente vulnerable», y el resto de la alegación reitera de nuevo el planteamiento de que se establece una «presunción sin prueba en contrario» de que la mujer es «persona especialmente vulnerable» en los contextos de pareja heterosexual.

Finalmente, considera el Abogado del Estado, en relación con la infracción planteada del art. 9.2 y 3 CE por considerar el precepto cuestionado arbitrario, injusto y creador de un «exceso» por «discriminación negativa de individuos concretos», que dispensar mayor protección penal a quien la necesita —en proporcionada estimación del legislador— nunca puede extrañar arbitrariedad o injusticia.

8. Mediante providencia de fecha 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. El Juzgado de lo Penal núm. 2 de Toledo cuestiona la constitucionalidad 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, por ser contrario a los valores de justicia, igualdad y dignidad, reconocidos en los arts. 1.1 y 10.1 CE, al art. 9.2 CE, al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), al principio de igualdad reconocido por el art. 14 CE, al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y al principio de legalidad de las infracciones y sanciones (art. 25.1 CE). Tanto el Abogado del Estado como el Fiscal General del Estado se oponen a esta consideración e interesan la desestimación íntegra de la cuestión, si bien el Abogado del Estado solicita su inadmisión parcial en cuanto se refiere al párrafo segundo del art. 171.4 CP y al principio de legalidad.

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. Antes de abordar el examen de la cuestión de fondo planteada, hemos de resolver las dudas de orden procesal planteadas por el Abogado del Estado, debiendo recordar que no existe ningún óbice para realizar un pronunciamiento de inadmisión de una cuestión de inconstitucionalidad en la fase de resolución de las mismas, esto es, mediante Sentencia, dado que la tramitación específica 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; 59/2008, de 14 de mayo, FJ 2).

Sostiene el Abogado del Estado que, aunque el órgano judicial cuestiona la constitucionalidad del art. 171.4 CP en su conjunto, resulta obvio que la norma de cuya validez depende el fallo es el primer párrafo del citado precepto, y no el segundo, por lo que respecto de éste la cuestión no puede ser admitida. A ello se añade que también resultaría inadmisibles la pretendida violación de la garantía de *lex certa* consagrada en el art. 25.1 CE, puesto que ese fundamento de posible inconstitucionalidad no aparece mencionado en la providencia de 6 de abril de 2006, mediante la que se cumplió el trámite de audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal sobre la procedencia de plantear la cuestión. Ambas solicitudes deben ser acogidas.

Es doctrina de este Tribunal que, aunque en principio es al órgano judicial que plantea la cuestión a quien corresponde formular el llamado juicio de relevancia, esta regla debe ceder en los supuestos en los que de manera notoria, sin necesidad de examinar el fondo debatido y en aplicación de principios jurídicos básicos se desprenda que no media nexo causal alguno entre la validez de la norma cuestionada y la resolución del proceso *a quo*, ya que en tales casos sólo mediante la revisión del juicio de relevancia es posible garantizar el control concreto de constitucionalidad que corresponde a la cuestión de inconstitucionalidad y evitar que los órganos judiciales puedan transferir al Tribunal Constitucional la decisión de litigios que pueden ser resueltos sin acudir a las facultades que este Tribunal tiene para excluir del ordenamiento las normas inconstitucionales (por todas, SSTC 189/1991, de 3 de octubre, FJ 2; 337/1994, de 23 de diciembre, FJ 4; 174/1998, de 23 de julio, FJ 1; 203/1998, de 15 de octubre, FJ 2; 67/2002, de 21 de marzo, FJ 2; 63/2003, de 27 de marzo, FJ 2; 255/2004, de 22 de diciembre, FJ 2; 252/2005, de 11 de octubre, FJ 3; 100/2006, de 30 de marzo, FJ 2).

Y en el presente caso nos encontramos ante un supuesto en que resulta notorio que el párrafo segundo del art. 171.4 CP no resulta de aplicación al caso y que la norma de cuya validez depende el fallo y la única cuyo análisis de constitucionalidad nos compete en el presente procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en el art. 35 LOTC, es el párrafo primero del art. 174. 1 CP. Como quedó expuesto en los antecedentes, el supuesto de hecho al que el Juez ha de aplicar la norma cuestionada es el de unas presuntas amenazas proferidas por un hombre contra su mujer, sin que exista en las actuaciones dato alguno que permita entender que la víctima era una de las personas especialmente vulnerables a las que se refiere el párrafo segundo. De hecho en el Auto de planteamiento, y aunque se cuestiona el precepto en su totalidad, al formular el juicio de relevancia se sostiene que la norma es aplicable al caso en la medida en que los hechos enjuiciados «son en verdad constitutivos de amenazas leves sin uso de arma o instrumento peligroso en domicilio común y en presencia de menor por un hombre respecto de su ex pareja femenina», lo que remite sin duda alguna al párrafo primero del precepto.

Por otra parte, el órgano judicial en el Auto de planteamiento formula una duda de constitucionalidad, relativa al mandato de determinación como manifestación del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE), que se refiere sustancialmente a la vulneración del mandato de certeza por la inclusión en el tipo de un concepto jurídico indeterminado, como es el de «persona especialmente vulnerable» en el párrafo segundo del art. 171.4 CP. Respecto de esta duda de constitucionalidad por vulneración del art. 25.1 CE no nos compete pronunciarnos en el presente procedimiento por dos razones. En primer lugar, porque se refiere exclusivamente al segundo párrafo del art. 171.4 CP, norma de cuya validez no depende el fallo en el proceso. En segundo lugar porque —como pone de manifiesto el Abogado del Estado— quienes son parte en el proceso penal a quo no fueron oídos, atendiendo a la providencia de 6 de abril de 2006 mediante la que se les dio audiencia para que se pronunciaran sobre la pertinencia de plantear la cuestión de constitucionalidad. Nos encontramos, por tanto, ante un cuestionamiento de la constitucionalidad de la Ley por completo ajeno a lo alegado en el trámite previo, por lo

que el mismo quedó privado de toda virtualidad, con los efectos consiguientes sobre la admisibilidad de la cuestión (por todas, STC 138/2005, de 26 de mayo, FJ 2).

Portodo ello, procede la inadmisión parcial de la presente cuestión de inconstitucionalidad en lo que se refiere al párrafo segundo del citado precepto y a la supuesta vulneración del art. 25.1 de la Constitución.

3. Por lo que respecta a las dudas de constitucionalidad referidas al párrafo primero del art. 171.4 CP, pueden agruparse para su análisis en dos bloques.

Por una parte, las referidas a si estamos ante un tratamiento punitivo diferente de la misma conducta en función del sexo de los sujetos activo y pasivo, contrario al art. 14 CE y a los valores de igualdad, justicia y dignidad (art. 1, 10, 9.2 CE), al principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) y al derecho a la libertad del varón (art. 17.1 CE).

Por otra, las que derivan del establecimiento en el precepto cuestionado, según el Magistrado que plantea la cuestión, de dos presunciones que no admiten prueba en contrario (que todo varón, cuando amenaza a la mujer en el marco de una relación afectiva actual o pasada, lo hace con ánimo discriminatorio; y que toda mujer agredida en ese contexto es una persona especialmente vulnerable) que vulnerarían el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y la misma idea de dignidad de la persona (art. 10.1 CE).

El contenido de ambas dudas de constitucionalidad ha tenido ya respuesta expresa en las SSTC 59/2008, de 14 de mayo, y 45/2009, de 19 de febrero (referida esta última al precepto penal ahora cuestionado) a cuyo contenido hemos de remitirnos, pues en ellas aparecen expuestas las razones por las que hemos declarado que el art. 171.4 CP, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2004, no es contrario a la Constitución.

4. 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).

Las anteriores consideraciones sirven para desestimar las dudas de constitucionalidad referidas al art. 14 CE y a los valores de igualdad, justicia y dignidad (art. 1.1, 10.1, 9.2 CE), al principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) y al derecho a la libertad del varón (art. 17.1 CE), pues todas ellas derivarían, en la argumentación del órgano judicial, del tratamiento punitivo discriminatorio arbitrario e injusto dado al varón en el precepto cuestionado.

5. En cuanto al segundo bloque de dudas, también han sido disipadas ya en la STC 45/2009.

Dicha Sentencia sostiene en su fundamento jurídico 5 que el art. 171.4 CP no vulnera el principio de culpabilidad penal. Por una parte, porque «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 ... y a título de falta, el párrafo tercero del art. 620 CP». Por otra parte, no hay sanción por hechos de otros: «[q]ue 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».

Tampoco cabe apreciar presunción legal alguna de la especial vulnerabilidad de la mujer, contraria a su dignidad. Como señalábamos en el fundamento jurídico 6 de la STC 45/2009, el precepto cuestionado no cataloga a la mujer como persona especialmente vulnerable, ni presume que lo sea. Procede, simple y no irrazonablemente, a apreciar la especial gravedad de ciertos hechos «a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad».

FALLO

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

Ha decidido

1.º Inadmitir parcialmente la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5438-2006, planteada por el Magistrado titular del Juzgado de lo Penal núm. 2 de los de Toledo, 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 lo que se refiere al párrafo segundo del citado precepto y a la supuesta vulneración del art. 25.1 de la Constitución.

2.º Desestimar la cuestión en todo lo demás.

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 la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5438-2006, planteada por el Magistrado titular del Juzgado de lo Penal núm. 2 de los de Toledo, 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 incriminada 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 23 de junio de 2009 que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5438-2006

Haciendo uso de la facultad atribuida por el art. 90.2 LOTC, expreso en este Voto particular mi discrepancia con la Sentencia aprobada por el Pleno, 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.5438-2006

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. 2 de Toledo, 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.