|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 403/2006 |
| Fecha | de 8 de noviembre de 2006 |
| Sala | Pleno |
| Magistrados | Doña María Emilia Casas Baamonde, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Roberto García-Calvo y Montiel, 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. |
| Núm. de registro | 6775-2006 |
| Asunto | Cuestión de inconstitucionalidad 6775-2006 |
| Fallo | Inadmitir la presente cuestión de inconstitucionalidad. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. El día 27 de junio de 2006 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal un escrito del Magistrado-Juez del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Orihuela al que se acompaña, junto al testimonio del correspondiente procedimiento, el Auto de 28 de abril de 2006, por el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 153.1 y 2 del Código penal, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, por su posible contradicción con el principio de igualdad (art. 14 CE) y con el principio de proporcionalidad de la pena (arts. 9.3, 17.1 y 25 CE).

2. La cuestión trae causa del juicio oral núm. 831-2005 que se sigue en el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Orihuela contra don A.T. y don L.A.P.V. por sendos presuntos delitos de maltrato en el ámbito familiar.

En el acto del juicio el Ministerio Fiscal consideró a cada uno de los acusados como autor criminalmente responsable respecto al otro acusado de un delito de maltrato en el ámbito familiar del art. 153.2 y 3 del Código penal, interesando una pena de diez meses de prisión, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante ese tiempo, privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante dos años y prohibición de acercamiento y comunicación con la víctima durante un año y diez meses.

La defensa de cada uno de los acusados interesó su libre absolución.

3. Concluido el procedimiento, con suspensión del plazo para dictar Sentencia, el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Orihuela, por providencia de 12 de diciembre de 2005, acordó oír a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, por plazo común de diez días, sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad en los siguientes términos:

“1. Respecto al art. 153.2 del Código penal, introducido por el art. 37, parágrafo primero de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género.

2. Por vulneración del art. 14 de la Constitución que consagra el principio de igualdad, así como el principio de proporcionalidad de la pena que establece la Constitución, en concreto sus arts. 17.1, 9.3 y 25. 3. En tanto que considero que el citado precepto procede a definir el sujeto activo y pasivo del delito de maltrato, por razón de sexo exclusivamente, al margen del comportamiento objetivamente realizado y no por justificar adecuadamente el tratamiento punitivo del tipo cuando el sujeto pasivo no es mujer, en el seno de una relación o fuera de ella. Sin que resulte clara la motivación para hechos cometidos por el mismo sujeto activo del art. 153.1, pero respecto de un sujeto pasivo de hombre. En cuanto a la vulneración del principio de proporcionalidad, por abocar necesariamente a unas penas diferentes en función del sujeto pasivo que recibe la acción.

4. El pronunciamiento sobre la constitucionalidad de tal norma, es en principio necesario, con carácter previo para resolver, en consideración a ventilarse en sede de jurisdicción penal, y a las conclusiones jurídicas inherentes a una sentencia de instancia dictada en un sentido u otro”.

Evacuado el trámite de alegaciones conferido, el Ministerio Fiscal y la representación procesal de don A.T. se opusieron al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, en tanto que la representación procesal de don L.A.P.V. se pronunció a favor del mismo.

4. En el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, el órgano judicial realiza, en síntesis, las siguientes consideraciones:

a) El órgano judicial entiende que se ha introducido una discriminación positiva y, en consecuencia, también negativa por razón de sexo en el Código penal con la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Según se aduce en su exposición de motivos se hace necesaria la aplicación de una discriminación positiva a favor de la mujer, que en casi todos los supuestos de la ley se equipara a la víctima, obviando la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de octubre de 1995, según la cual no es posible que los Estados miembros establezcan medidas que vayan más allá del fomento de la igualdad de trato, en particular, medidas que supongan una perjuicio para alguien por la sola pertenencia al grupo de los varones, negándose de esta forma validez a un sistema que asigne automáticamente prioridad a las mujeres. Un enunciado tan demoledor no pretende negar una situación de violencia y de necesidad de protección, sino únicamente que ésta se preste dentro del marco constitucional.

b) La discriminación positiva es una figura que no representa una novedad en nuestro sistema. El estudio cuidadoso de la nueva legislación penal lleva necesariamente a entender que el legislador ha optado por apreciar una necesaria discriminación o acción positiva. La mención a la discriminación positiva usada por el legislador en la actualidad no se acomoda enteramente, sin embargo, con lo establecido al respecto por el Tribunal Constitucional, que ha señalado reiteradamente que, en cuanto positiva, no vulnera en modo alguno el principio de igualdad (SSTC 128/1987; 229/1992; 109/1993).

En sede comunitaria es preciso recordar el art. 23 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, que dispone que el principio de igualdad no impide la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas a favor del sexo menos representado, pero siempre sobre la base de la inadmisibilidad del puro automatismo y de la necesaria limitación temporal de la medida.

Por ello, dado el carácter concreto y excepcional de la acción positiva, se han ido decantando con los años como presupuestos para su aplicación los siguientes: a) Una situación de desequilibrio real del grupo de las mujeres; b) La necesidad de medidas para remover los obstáculos que impidan la igualdad de oportunidad entre hombres y mujeres; c) Que esos obstáculos puedan efectivamente ser removidos con medidas de apoyo al colectivo desfavorecido con el objetivo de asegurar la igualdad real de oportunidades; y, d) Que el trato especial más favorable sea necesario como consecuencia de la escasez de los bienes a los que deban acceder las mujeres.

Es claro que el límite de la acción positiva es la restauración del equilibrio y no puede producir un desequilibrio inverso por excesivo. La acción positiva no puede plantearse a través de medidas de naturaleza punitiva. Cuando se trata de la tutela penal y procesal, en la medida en que se tutelan derechos fundamentales, no cabe apreciar como punto de partida esa desigualdad.

La discriminación negativa es consecuencia de la situación anterior y, sin duda, existente en el art. 153.1, en relación con el art. 153.2, ambos CP. Con ella se trata de aplicar un régimen punitivo a determinados comportamientos que, siendo objetivamente los mismos, se sancionan más gravemente por razón de ser el sujeto activo hombre, esto es, por razones relativas al sexo del autor (art. 153.1 CP respecto al art. 153.2 CP), y no por la mayor gravedad del injusto. Pero lo básico es que según la propia Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, hay violencia, por razón del sexo, cuando se emplea “como instrumento para mantener la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”.

c) El órgano judicial continúa razonando en el Auto de planteamiento que nadie duda a esta fecha del creciente número de agresiones de las que son víctimas las mujeres. La citada Ley 1/2004, de 28 de diciembre, estima necesarias varias vías de actuación para atajar este bárbaro atentado contra la humanidad y no puede ser de otra forma. Sin embargo, afirma cuestionar la admisibilidad del uso de figuras que se hacen patentes en el caso del art. 153.1 CP, donde se consagra la consecuencia inversa a la buscada. Así el legislador entiende que también en el campo penal es necesaria la acción positiva. Pues bien, uno de los pilares que justifica la acción positiva es la existencia de bienes jurídicos escasos que colocan a la parte desfavorecida en una situación de indefensión, en tanto que la mencionada Ley 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, de modo que no nace en un escenario de escasez de medidas, sino de pluralidad de iniciativas legislativas ya en vigor, en especial la Ley 27/2003. En este sentido, se eleva la pena para el delito de violencia de género exclusivamente cuando el sujeto activo del mismo sea el hombre y 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 sólo puede ser cometido por el hombre. Y, en fin, se reduce el límite mínimo de la pena cuando el sujeto pasivo comprendido en el ámbito del art. 173.2 CP no esta señalado en el art. 153.1 CP.

Tras reproducir los arts. 153.1 y 2 CP se afirma en el Auto de planteamiento que si la violencia la comete un hombre respecto de un sujeto pasivo mujer se pena, de conformidad con el art. 153.1 CP, con un marco punitivo más grave, comenzando por seis meses de prisión. Ha de remarcarse que el tipo del citado precepto únicamente puede cometerlo un hombre respecto de una mujer con la que mantiene o mantuvo una relación heterosexual. Si el sujeto activo -hombre o mujer en las circunstancias que se enumeran- es cualquier otra de las personas del art. 173.2 CP -esto es, el hombre y los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a su potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados- se pena de conformidad con el art. 153.2 CP, que tiene un marco punitivo más reducido, iniciándose en los tres meses de prisión.

Del cuadro expuesto se deduce que al buscarse la mayor protección de la mujer y ante el mismo comportamiento objetivo -agresión por razón de sexo- el marido o compañero comete un delito frente a su esposa o compañera, en tanto que esa misma esposa o compañera -mujer- que sufre esa misma agresión a manos de su hijo o de su nieto verá como el reproche penal de la conducta es menor para su autor.

Otro tanto ocurre si el sujeto activo de la agresión es mujer en el ámbito de una relación sentimental o de matrimonio con otra mujer, al quedar excluida la aplicación del art. 153.1 CP, con una evidente vulneración del principio de igualdad. O también en el caso de relaciones sentimentales entre hombres, en el que también queda reducida la protección al art. 153.2 CP.

La misma víctima -sujeto pasivo mujer- y el mismo sujeto activo -hombre- sufrirán diverso trato en función de la combinación producida: se pena más la agresión a una mujer heterosexual agredida por su esposo y no la agresión a una mujer homosexual agredida por su esposa. Esa misma presunta víctima vería como la agresión sufrida sería tratada también de diferente manera si el sujeto activo es su hijo o su padre.

Lo expuesto conduce, en opinión del órgano judicial, a graves disfunciones valorativas. En su opinión la inconstitucionalidad surge por definir el sujeto activo y pasivo del delito en razón del sexo, al margen del comportamiento objetivamente realizado y por no justificar adecuadamente el tratamiento punitivo. Este modo de proceder, esto es, que un mismo comportamiento objetivo es tipificado como delito con mayor o menor pena en función de ser el sujeto activo hombre o mujer supone una frontal vulneración del principio de igualdad (art. 14 CE), que no puede justificarse objetivamente al amparo de la doctrina de la discriminación positiva de difícil encaje en la tutela penal, pues se trata de proteger la mujer a costa de restringir la libertad del hombre, ya que a mayor rigor punitivo mayor restricción de la libertad.

En definitiva, nos encontramos ante una discriminación negativa del hombre incompatible con la Constitución. La tipificación como delito de las conductas descritas en el art. 153.1 y 2 CP cuando proceden del hombre no se fundamenta en razones vinculadas a un mayor contenido de injusto o de culpabilidad, sino que únicamente obedecen a razones subjetivas relativas a la cualidad del varón y a su presunta superioridad sobre la mujer. Tal concepción se adentra de lleno en un Derecho penal de autor, con predominio no tanto de lo normativo.

d) El principio de proporcionalidad determina que las penas deben ser proporcionadas a la entidad del delito cometido o bien que éstos no pueden ser reprimidos con penas más graves que la propia entidad del daño causado por el ilícito. La alegación de la vulneración de este principio por el art. 153.2 y 2 CP se afirma en el Auto de planteamiento que se hace conjuntamente con la infracción del principio de igualdad, de acuerdo con lo establecido en la jurisprudencia constitucional que ha venido manteniendo que el principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación puede producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales.

Es un principio que cabe inferir de determinados preceptos constitucionales y como tal opera esencialmente como un criterio de interpretación que permite enjuiciar las posibles vulneraciones concretas de normas constitucionales (STC 55/1996). Ante esta doctrina, cabría entender que la pena de prisión interesada por el Ministerio Fiscal y las acusaciones en este caso es proporcional en tanto que también sirve al principio de prevención general, entre otros. Como ya se ha señalado, el legislador trata de castigar y educar al responsable criminal de conductas que se recogen en la mencionada Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre. Sin embargo para conseguir ese fin y el de la protección de la víctima -mujer- acude al arsenal punitivo, castigando con una pena de prisión mayor en su extensión según concurran o no las circunstancias expresadas.

Es desproporcionado que la misma conducta se sancione de tal manera que, en función de las circunstancias del caso, el acusado -hombre- se enfrente a una pena de prisión, a suspender o a sustituir o a cumplir, por haberse declarado probada la existencia de una agresión a un mujer con la que mantenga una relación ya prevista, cuando el mismo acusado, si fuere mujer que tuviera una relación distinta con la mujer u hombre con relación diferente, tendría una sanción más leve.

El órgano judicial proponente concluye afirmando en el Auto de planteamiento dela cuestión que la introducción de este tipo de ilícitos penales (art. 153.1 y 2 CP) “hacen al Derecho penal casi garante de una paz familiar heterosexual idílica, donde nadie alza la voz, nadie discute, nadie insulta ni deja en el aire esas palabras sin sentido fruto de una crisis de pareja, y si lo hacen, es decir, si una pareja, matrimonio ex matrimonio o ex pareja que discuten, se alzan la voz, se insultan o se agreden, se llegará al resultado entiendo que indeseable de que la víctima mujer cuya protección se pretende la verá modificada en función de que el agresor sea su pareja o marido, o ex marido, pero si la agresión procede de una relación con otra mujer, o bien de un hijo, un padre o un abuelo, por serlo, exclusivamente, la consideración sería más leve. De otro lado parece hacer una leve discriminación cuando la víctima es hombre en función de una relación homosexual”.

5. La Sección Cuarta del Tribunal Constitucional, por providencia de 12 de septiembre de 2006, acordó oír al Fiscal General del Estado para que, en el plazo de diez días, alegase lo que considerase conveniente acerca de la admisibilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad, por posible incumplimiento de los requisitos procesales y por si pudiera resultar notoriamente infundada.

6. El Fiscal General del Estado evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado en fecha 2 de octubre de 2006, que, en lo sustancial, a continuación se extracta.

a) Tras referirse a los antecedentes de la presente cuestión de inconstitucionalidad, el Fiscal General del Estado señala, en primer lugar, que no se ha consultado a las partes y al Ministerio Fiscal sobre la constitucionalidad del art. 153.1 CP, por lo que respecto al mencionado precepto legal el trámite de audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal no se ha realizado con sujeción a los requisitos que establece la LOTC.

En este sentido, relata que el órgano judicial al anunciar el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad al finalizar el juicio oral señaló como precepto cuestionado el art. 153.2 y 3 CP. Por otra parte, en la providencia por la que se abrió el trámite de audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal el precepto cuya constitucionalidad se sometió a su consideración fue el art. 153.2 CP. Por último, en el Auto por el que se eleva a este Tribunal la cuestión de inconstitucionalidad, el Magistrado-Juez la plantea sobre el art. 153. 1 y 2 CP.

b) En cuanto al tema de fondo suscitado, el Fiscal General, tras reproducir el ATC 136/2006, de 4 de abril (FJ 7), sostiene que en el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad se combate la disparidad punitiva que se contempla en el art. 153.1 CP, en la redacción que le ha dado la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, dependiendo del sexo del sujeto activo y del sujeto pasivo. Disparidad de trato que el órgano judicial reconoce que no se contempla en el art. 153.2 CP, precepto por el que se ha formulado acusación en el proceso en el que se plantea la cuestión de inconstitucionalidad, sin que haya cuestionado en el proceso ni ante el Tribunal Constitucional tal tipificación. Además, en el supuesto de autos los implicados como autores y víctimas son del mismo sexo.

Los únicos reproches que se formulan en el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad al art. 153.2 CP radicarían en la insuficiente protección que se daría a las víctimas de los hechos en él tipificados cuando se tratase de mujeres, supuesto que tampoco concurre en el presente caso en el que las víctimas son hombres. De modo que al no exponerse ninguna duda de constitucionalidad sobre el citado art. 153.2 CP por lo que respecta al supuesto de hecho enjuiciado, la cuestión de inconstitucionalidad resulta notoriamente infundada.

El Fiscal General del Estado concluye su escrito de alegaciones interesando la inadmisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad por incumplimiento de los requisitos procesales y por resultar notoriamente infundada.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. El Juzgado de lo Penal núm. 1 de Orihuela plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 153.1 y 2 del Código penal (CP), en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, a cuyo tenor:

“1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en ese Código, o golpeare o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer de esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado 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 para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuera alguna de las personas a que se refiere el art. 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres 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 para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años”.

El órgano judicial proponente considera que el precepto legal cuestionado puede ser contrario al principio de igualdad (art. 14 CE) y al principio de proporcionalidad (arts. 9.3, 17.1 y 25 CE). Argumenta al respecto, en síntesis, que la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, al dar nueva redacción a los apartados transcritos ha introducido una discriminación positiva y negativa por razón de sexo. Discriminación positiva a favor de la mujer y negativa en contra del hombre que resulta de la relación entre los dos apartados del art. 153 CP, pues comportamientos que objetivamente son los mismos se sancionan más gravemente si el sujeto activo es hombre, esto es, por razones relativas al sexo del autor, y no por la mayor gravedad del injusto. Es decir, se eleva la pena para el delito de violencia de género exclusivamente cuando el sujeto activo sea un hombre y el sujeto pasivo sea o hubiese sido su esposa o mujer que estuviese o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad y se reduce el límite mínimo de la pena cuando el sujeto pasivo está comprendido en el ámbito del art. 173.2 CP. La inconstitucionalidad del precepto legal cuestionado surge por definir el sujeto activo y pasivo del delito por razón del sexo, al margen del comportamiento objetivamente realizado y este modo de proceder, de manera que un mismo comportamiento objetivo es tipificado como delito con mayor o menor pena en función de ser el sujeto activo hombre o mujer, supone una frontal vulneración del principio de igualdad (art. 14 CE). En relación con la supuesta vulneración del principio de proporcionalidad de las penas, el órgano judicial proponente, tras afirmar que la pena de prisión interesada en este caso por el Ministerio Fiscal y las acusaciones es proporcional, reitera la argumentación ya expuesta en relación con la posible quiebra del principio de igualdad, señalando al respecto que es desproporcionado que la misma conducta se sancione de tal manera que, en función de las circunstancias del caso, el acusado si es hombre se enfrenta a una pena de prisión diferente, a suspender, a sustituir o a cumplir, por haberse declarado probada la existencia de una agresión a una mujer con la que mantenga una concreta relación, a la que se enfrentaría si el acusado fuera mujer u hombre con una relación distinta a la señalada en el art. 153.1 CP.

2. Es reiterada doctrina constitucional que la cuestión de inconstitucionalidad es un delicado instrumento procesal que permite la colaboración entre los órganos judiciales y la jurisdicción constitucional para cumplir el mandato de asegurar la supremacía de la Constitución mediante la depuración del Ordenamiento jurídico a través de la expulsión de éste de las normas con fuerza de ley contrarias a aquélla (ATC 367/2003, de 13 de noviembre, FJ 4 y las numerosas resoluciones allí citadas). A fin de cumplir adecuadamente este propósito, el art. 37.1 LOTC permite a este Tribunal rechazar en trámite de admisión la cuestión de inconstitucionalidad “cuando faltaren las condiciones procesales o fuere notoriamente infundada la cuestión suscitada”.

En relación con esta última expresión, hemos declarado que “encierra un cierto grado de indefinición que se traduce procesalmente en otorgar a este Tribunal un margen de apreciación a la hora de controlar la solidez de la fundamentación de las cuestiones de inconstitucionalidad (AATC 165/2001, de 19 de junio, FJ 2; 194/2001, de 4 de julio, FJ 1 y 76/2004, de 9 de marzo, FJ 3, entre otros muchos). También debe ponerse de relieve que este Tribunal ha considerado notoriamente infundadas, no sólo las cuestiones de inconstitucionalidad que carecen de toda motivación, sino también aquellas en las que el órgano judicial ha efectuado una interpretación del precepto legal cuestionado arbitraria o irrazonable o simplemente se aparta de la comúnmente realizada por los Tribunales de Justicia, así como de las que el Tribunal considera a limine inviables. Como ha señalado el ATC 165/2001, “existen supuestos en los que un examen preliminar de las cuestiones de inconstitucionalidad permite apreciar la falta de viabilidad de la cuestión suscitada, sin que ello signifique, necesariamente, que carezca de forma total y absoluta de fundamentación o que ésta resulte arbitraria” y que en tales supuestos el Tribunal ha entendido que puede resultar conveniente resolver la cuestión en la primera fase procesal, máxime cuando su admisión pudiera provocar efectos no deseables, como la paralización de múltiples procesos en los que resulte aplicable la norma cuestionada” (AATC 332/2005, de 13 de septiembre, FJ 2; 10 y 11/2006, de 17 de enero, FFJJ 3).

3. Pues bien, en relación con el art. 153.1 CP se incumplen en el presente supuesto, sin necesidad de detenerse en otro tipo de consideraciones, las condiciones procesales exigibles para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, pues el citado precepto legal no es aplicable al caso, ya que el Ministerio Fiscal en el proceso a quo ha formulado acusación contra ambos imputados como autores de sendos delitos de maltrato en el ámbito familiar tipificados en el art. 153.2 y 3 CP, no en el art. 153.1 CP.

En coherencia con el precepto legal aplicable al caso y de cuya validez depende la decisión del proceso, en el juicio, según consta en el acta y frente a la afirmación que se hace en el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, el órgano judicial una vez que dio por terminado el acto y declaró concluso el proceso para Sentencia comunicó a las partes el acuerdo de que “con carácter previo a dictar ST plantea cuestión de inconstitucionalidad para los arts. 153, 2 y 3, por lo que se suspende el plazo para dictar ST ....”. En este sentido, en la providencia por la que se acordó abrir el trámite de audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal sobre la pertinencia o no de plantear la cuestión de inconstitucionalidad también se señaló como objeto de la misma el art. 153.2 CP y no el art. 153.1 CP.

Por tanto, en relación con el art. 153.1 CP no se cumple el requisito de que el precepto legal cuestionado sea aplicable al caso (arts. 163 CE y 35.1 LOTC).

4. Circunscrita la presente cuestión de inconstitucionalidad al art. 153.2 CP por su posible contradicción con el principio de igualdad (art. 14 CE) y con el principio de proporcionalidad de la pena (arts. 9.3, 17.1 y 25), el tema de fondo que se suscita es sustancialmente idéntico al planteado en relación con el art. 620 CP en la cuestión de inconstitucionalidad inadmita a trámite por ATC 136/2006, de 4 de abril.

En efecto, al igual que aconteció entonces, el órgano judicial, que no cuestiona la constitucionalidad de la pena prevista en el art. 153.2 CP, la cual llega a calificar de expresamente de proporcional, lo que viene a plantear también en este caso es un juicio de proporcionalidad a la inversa, pues en realidad la tacha de discriminación no la dirige contra el art. 153.2 CP, sino contra el art. 135.1 CP, que establece una pena mayor para un comportamiento objetivamente idéntico, en opinión del órgano judicial, que el tipificado en el art. 153.2 CP. De modo que proyectada la discriminación denunciada sobre el art. 153.2 CP, la reparación de la supuesta lesión de los principios de igualdad y proporcionalidad habría de conducir a una elevación de la penalidad en él establecida, por lo que aún en la hipótesis de que este Tribunal estimase que la diferencia punitiva entre uno y otro precepto fuese contraria a los principios de igualdad y de proporcionalidad de la pena, ello carecería de trascendencia para la resolución del proceso en el que se ha suscitado la cuestión de inconstitucionalidad, pues el art. 153.2 CP no sufriría modificación alguna, debiendo sancionarse las conductas subsumibles en el mismo conforme a la penalidad vigente en el momento de producirse los hechos por exigirlo así el principio de legalidad ex art. 25.1 CE.

En este sentido, hemos señalado en el citado ATC 136/2006, de 4 de abril, que “la cuestión de inconstitucionalidad es un mecanismo de control concreto de la constitucionalidad y que tiene que versar sobre un precepto legal concreto de cuya aplicación dependa el fallo que hayan de pronunciar los órganos judiciales”. En este caso para el órgano judicial el art. 153.2 CP es inconstitucional porque discrimina entre el hombre y la mujer. Sin embargo, dicha conclusión se asienta sobre una comparación no entre eventuales sujetos activos del ilícito sino entre el precepto cuestionado y el tenor del art. 153.1 CP. “Este tipo de razonamientos -como dijimos entonces y hemos de reiterar ahora- es más propio de un control abstracto de constitucionalidad que de uno concreto, como el que ahora nos ocupa”.

En efecto, debe advertirse que el órgano judicial no ha cuestionado el precepto por la insuficiencia de la protección penal dispensada a un bien jurídico constitucionalmente relevante, sino porque puede conducir a eventuales resultados discriminatorios al compararlo con el ya citado art. 153.1 CP. Pues bien, “la hipotética estimación de la presente cuestión carecería de incidencia alguna en el proceso a quo, al menos en los términos en los que se ha planteado la cuestión, dado que o bien la norma de cuya constitucionalidad se duda ... sería expulsada del ordenamiento, por lo que la conducta quedara impune, en contra de la propia tesis del Juez a quo, o bien la declaración de inconstitucionalidad no podría llevar aparejada la nulidad”. En este caso la conducta seguiría siendo penada conforme a lo establecido en el art. 153.2 CP, por aplicación de los principios de lex previa y lex certa (ibidem).

Por lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

Inadmitir la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Madrid, a ocho de noviembre de dos mil seis.