

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 núm. 5983–2005, 8295–2006, 9765–2006, 954–2007, 1264–2007, 2083–2007, 3088–2007, 6968–2007, 7616–2007, 8972–2007, 52–2008 y 2315–2008, planteadas, la primera, por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Murcia y, las demás, por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia, 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 19 de agosto de 2005 tiene entrada en este Tribunal con el núm. 5983–2005, un escrito de la Magistrada-Juez del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Murcia -en prórroga de jurisdicción por sustitución del titular- al que se acompaña, junto al testimonio del correspondiente procedimiento, el Auto del referido Juzgado de 3 de agosto de 2005 en el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto al art. 171.4 del Código Penal por su posible contradicción con los arts. 9.3, 10, 14, 24.2 y 25 C.E.

Idéntico planteamiento lo realiza la misma Magistrada, ahora como titular del Juzgado de lo Penal núm. 4, en otros once procedimientos, con los siguientes números de registro y Autos de cuestionamiento: 8295–2006, Auto de 20 de julio de 2006 (procedimiento abreviado 213/2006); 9795–2006, Auto de 13 de octubre de 2006 (p. a. 249/2006); 954–2007, Auto de 23 de enero de 2007 (p. a. 420/2006); 2083–2007, Auto de 26 de febrero de 2007 (p. a. 19/2007); 3088–2007, Auto de 22 de marzo de 2007 (p. a. 66/2007); 6968–2007, Auto de 14 de agosto de 2007 (p. a. 309/2007); 7616–2007, Auto de 26 de julio de 2007 (p. a. 264/2007); 8972–2007, Auto de 11 de octubre de 2007 (p. a. 261/2007); 52–2008, Auto de 29 de noviembre de 2007 (p. a. 437/2007); 2315–2008, Auto de 31 de enero de 2008 (p. a. 553/2007).

2. En todos los procedimientos reseñados se celebró el juicio oral y tras el mismo, 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 proporcionalidad (arts. 25, 17.1, 24.2 y 53 CE), y de los derechos a la dignidad de la persona (art. 10 CE), a la igualdad (art. 14 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

A tal planteamiento no se opuso en ninguno de los casos el Ministerio Fiscal. Lo estimaron pertinente la representación de los acusados en los procedimientos correspondientes a las cuestiones núm. 5983–2005, 9765–2006, 954–2007, 2083–2007 y 2315–2008. Consta la oposición al planteamiento de la cuestión de la acusación particular en los procedimientos correspondientes a la cuestiones núm. 7616–2007 y 2315–2008.

3. Los Autos de planteamiento cuestionan el art. 171.4 CP en su primer párrafo, si bien los de las cuestiones 5983–2005, 8295–2006, 52–2008 y 2315–2008 excluyen de su objeto la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, de relevancia discutible para el órgano cuestionante, al no haber sido solicitada por las acusaciones en ninguno de los casos que enjuiciaba. Interpreta la Magistrada que el sujeto activo del delito ha de ser un hombre – a partir de la descripción del sujeto pasivo, de la dicción del art. 1.1 de la LO 1/2004 y de la diferenciación absurda que generaría entre las parejas homosexuales el entendimiento de un sujeto activo neutro – y que la conducta objetiva comprende toda amenaza leve, con o sin armas u otros instrumentos peligrosos. De este modo se diferencia la pena del delito de amenazas leves con armas cuando el sujeto activo es un varón y el sujeto pasivo la mujer que es o fue su pareja de la pena que se atribuye a la misma conducta entre los sujetos mencionados en el art. 173.2 CP. Esta diferencia es mayor respecto a las amenazas leves sin armas u otros instrumentos peligrosos, que pasan a ser falta cuando no se produce entre los sujetos activos y pasivos del art. 171.4 CP.

A) Considera el Auto, en primer lugar, que el precepto cuestionado puede vulnerar el principio de proporcionalidad, con infracción de los arts. 17.1, 9.3 y 25 CE. Invoca para ello la doctrina de las SSTC 55/1996, de 28 de marzo, 161/1997, de 2 de octubre, y 136/1999, de 20 de julio, y subraya la diferencia del presente precepto con el que fue analizado en el ATC 233/2004, de 7 de junio (art. 153 CP en la redacción dada por la LO 11/2003), pues se consideran delito, y con pena más grave, todas las amenazas leves de un círculo más reducido de personas.

Resulta notorio que la finalidad de la norma es la protección de un bien, “la libertad del individuo como libertad de motivación, como derecho a que, en los procesos de formación de su voluntad, no se interpongan presiones intolerables más allá de lo socialmente admitido”, que no puede calificarse como constitucionalmente proscrito o socialmente irrelevante. Es dudoso, sin embargo, que se respete el principio de intervención mínima, al suprimirse la posibilidad de castigar las amenazas leves como falta – lo que, por ejemplo, en caso de que el autor sea un extranjero sin residencia legal, hará que su conducta de amenazas leves pueda comportar su expulsión del territorio nacional sin posibilidad de regreso en diez años –. Debe repararse en la heterogeneidad de supuestos de amenaza y en

su carácter limítrofe con la libertad de expresión. Por lo demás, carece de razonabilidad la selección de supuestos que han sido agravados: al ser la convivencia irrelevante, no cabe su justificación a través de la adición de la protección de la paz doméstica como bien jurídico; no se entiende además que esta selección de sujetos a efectos de agravación no se haya realizado para la violencia habitual; tampoco se descubre razón alguna para destacar este tipo de relación sobre otras, como las paternofiliales, en las que cabe encontrar una mayor vulnerabilidad en el sujeto pasivo, al no tratarse de relaciones voluntarias y al detectarse, en ocasiones (menores y ancianos), menor facilidad de acceso a la justicia. No comparte el Auto, en fin, que la nueva regulación pueda sustentarse en la atención a necesidades preventivas: por una parte, porque no puede afirmarse para el caso de las amenazas leves la necesidad de contrarrestar las presiones para la retirada de denuncia de malos tratos, cuando además es irrelevante en estos casos el perdón de la ofendida; por otra parte, se están desviando recursos para la represión de conductas que merecerían una actitud más vigilante de los poderes públicos.

“Se estima, pues, en conclusión ..., que la sanción prevista en el precepto cuestionado ... significa una lesión excesiva del derecho a la libertad (arts. 17 y 25), no sólo por la privación de libertad que acompaña a la previsión típica, sino por la afectación que la generación de antecedentes que implica, en comparación con supuestos en todo análogos ... como son, respecto de las amenazas leves con armas, los contemplados en el art. 171.5, castigados con una pena inferior, y, respecto de las amenazas leves sin armas, los recogidos en el art. 620.2º y último párrafo ... En cuanto a la existencia de alternativas menos lesivas o gravosas, funcionalmente equivalentes, de forma manifiesta, para alcanzar las finalidades de protección de los bienes jurídicos perseguidas por el legislador, ... se estima que la apertura del tipo ... a muy heterogéneas conductas ... debe ir acompañada de la consiguiente ampliación del marco punitivo ... En concreto, en relación con el juicio de proporcionalidad estricto y considerando la falta de justificación de la selección del círculo de sujetos respecto del delimitado por el art. 173.2 CP, la única solución que se entiende que satisfaría las exigencias del principio cuya posible vulneración se plantea, sería el mantenimiento de un régimen punitivo idéntico para todos los sujetos comprendidos en dicho precepto, de manera que las amenazas leves con armas o instrumentos peligrosos se castigasen como delito y las restantes amenazas leves, como falta, con una agravación específica, pero sin superar esta calificación, estimándose de todo punto insuficientes ... las alternativas en el precepto cuestionado o la flexibilidad que ampara el art. 171.6 CP”.

B) La segunda duda de constitucionalidad la refiere el Auto a la conformidad de la norma cuestionada con el principio de igualdad (art. 14), que se vería conculcado en razón de la discriminación por razón de sexo que dimana de la definición de los sujetos activo y pasivo, y la presenta con cita de la jurisprudencia de este Tribunal atinente al mandato genérico de igualdad ante la ley.

Comienza su argumentación la Magistrada cuestionante negando que pueda considerarse el precepto cuestionado como una medida de acción positiva, pues en el ámbito penal no existiría un desequilibrio previo o una escasez de bienes para la mujer, sin

que se alcance “a comprender cómo favorece la igualdad de oportunidades para la mujer ... el castigo más severo de conductas como la enjuiciada, cuando son cometidas por un hombre”. Tampoco podría caracterizarse el nuevo tipo como una fórmula de reparación colectiva por pretéritas discriminaciones sufridas por las mujeres como grupo social, pues “se traduciría en la imputación a cada acusado varón de una responsabilidad como representante o heredero del grupo opresor”, lo que “chocaría frontalmente con el principio de culpabilidad”.

Niega a continuación que el mero dato estadístico relativo a que la mayoría de los agresores sean varones – común con muchos otros tipos delictivos – sea suficiente para justificar la diferenciación, como tampoco puede serlo el que concurra en las conductas tipificadas un abuso de superioridad del autor, una situación de vulnerabilidad de la víctima o una conducta discriminatoria, pues “se trataría de presunciones legales ajenas a la exigencia de prueba en el caso concreto, derivadas únicamente del sexo respectivo de autor y víctima, de la naturaleza de la conducta objetiva y del tipo de relación entre los sujetos”. La presunción de intención discriminatoria puede suponer además una extensión de la responsabilidad de grupo al concreto individuo juzgado, en recuperación de un Derecho Penal de autor.

La justificación a través del entendimiento de un ánimo discriminatorio implícito en el tipo encuentra, como primer obstáculo, el de su propia construcción, con riesgo para los principios de seguridad jurídica y legalidad, pues en el tipo no se contiene la expresión “violencia de género”, y como segundo obstáculo, en cualquier caso, la limitación de la agravación por discriminación a las conductas de los varones.

Tras destacar que la preocupación por la neutralidad sexual en la descripción de los tipos penales ha sido una constante en la política criminal española desde la aprobación de la Constitución, incluso en los delitos sexuales o en los delitos contra la igualdad (genocidio, discriminación en el empleo, provocación a la discriminación, discriminación como agravante), alega al Auto que la limitación de la conducta típica a la violencia conyugal es sospechosa de arbitrariedad, pues la dominación violenta del hombre sobre la mujer “puede darse en otro tipo de relaciones afectivas entre hombre y mujer, incluso con mayor virulencia, como sucedería en las paternofiliales”. Argumenta asimismo que la selección de tipos en los que se procede a la diferenciación no parece objetiva y razonable, por la exclusión del tipo de maltrato habitual y los delitos contra la libertad, la libertad sexual y la vida, o los más graves contra la integridad física y psíquica.

La explicación de la agravación “desde el plano de la antijuridicidad ... a partir de un desvalor adicional del resultado” tampoco resolvería la duda de constitucionalidad “toda vez que la diferencia valorativa traería causa de su sexo”. Por su parte, la fundamentación de la agravación en el abuso de superioridad, “sobre la base de la posición dominante del hombre sobre la mujer, en abstracto”, es reprochable “desde el punto de vista de la igualdad, en cuanto elevaría una observación sociológica a la categoría de presupuesto jurídico de agravación en el caso concreto”. Por lo demás, “la sola previsión paralela y yuxtapuesta de los dos casos agravados constituye una invitación al sentimiento de

desdoro para la dignidad de la mujer” contraria al valor de la dignidad de la persona, en cuanto que “sugiere la equiparación de la mujer a las personas especialmente vulnerables”.

En la parte final de la fundamentación de su duda expone la Magistrada cuestionante que “el caso límite para contrastar las anteriores reflexiones” es el de las amenazas leves recíprocas, donde la ley castiga más al hombre que a la mujer “porque en la agresión del hombre a la mujer o existiría un móvil discriminatorio presunto o, en el mejor de los casos, precisado de prueba, ... o se valoraría, como implícito, un desvalor adicional discriminatorio, ausente por decisión del legislador en la agresión contraria”. De tal modo que al hombre “o se le castiga más por lo que es que por lo que hace o se presume en lo que hace algo que no se corresponde necesariamente con la totalidad de casos, afirmaciones demasiado problemáticas para justificar razonable y objetivamente la desigualdad”.

El Auto finaliza con una recapitulación de su segundo bloque argumentativo: existe una diferencia de trato en función del sexo del sujeto activo y pasivo del delito que no encuentra justificación en un criterio objetivo suficientemente razonable; no lo es el de la prevención general ni el de la acción positiva, pues la norma no tiene naturaleza promotora; tampoco se encuentra en la protección de la igualdad, a la que se podía haber procedido sin discriminación del sexo de los sujetos, ni selección arbitraria de tipos, ni presunción de móvil discriminatorio.

4. Mediante providencia de 25 de octubre de 2005 la Sección Segunda de este Tribunal acuerda, de conformidad con el art. 37.1 LOTC, oír al Fiscal General del Estado para que en el plazo de diez días alegue lo que estime conveniente sobre la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5983-2005, por si pudiera ser notoriamente infundada.

Mediante escrito de 16 de noviembre de 2005 el Fiscal General del Estado estima que la cuestión debe inadmitirse por ser notoriamente infundada.

A) Respecto a la vulneración el principio de proporcionalidad considera el Fiscal General que el exceso de rigor en las penas se argumenta en el Auto de planteamiento “en la suficiencia de una penalidad inferior sin ulterior explicación, pareciendo ello contradicho por la constatación de la ingente cantidad de infracciones que se perpetran, y, de otro, en la imposibilidad de los juzgadores de dar una respuesta adecuada a las circunstancias del caso, al tachar también de modo apodíctico de insuficientes la previsión de penas alternativas, o de imposición de las penas inferiores en grado”, cuando estas posibilidades otorgan “a los juzgadores facultades amplísimas para determinar y adecuar las penas a cada caso concreto de ataque a la libertad producido”.

B) En relación con la infracción del art. 14 CE subraya el escrito que el legislador ha tomado en cuenta en el precepto cuestionado los datos de que la mayor parte de los delitos de violencia doméstica se producen en las relaciones de pareja y por parte de los hombres, por lo que no puede afirmarse que el legislador carezca de una justificación objetiva y

razonable para afrontar este tipo de violencia. Consta así “una forma delictiva con autonomía propia caracterizada por unas conductas que encierran un desvalor añadido, un plus de antijuridicidad, al ser expresivas de determinadas relaciones de poder y sometimiento del hombre sobre la mujer ... A ello debe añadirse 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 ... cuando concurren en la víctima circunstancias objetivas de desprotección ... Por tanto el legislador sólo ha tomado en consideración, dentro de los delitos que afectan a la pacífica convivencia en el ámbito doméstico, 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 tal incidencia es extrema y causante de una brutal magnitud delincencial en la que además de verse afectados una pluralidad de bienes jurídicos, aparece afectado el derecho a la igualdad de las víctimas”.

Destaca además el Fiscal que el legislador ha dispuesto una pluralidad de respuestas punitivas para que los órganos judiciales puedan adaptar la respuesta penal a las circunstancias concurrentes, “posibilitando una punición idéntica a la de otros supuestos de amenazas en el ámbito familiar cuando tal desvalor no concorra. De todo ello fluye 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 habido, 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”.

5. Las Secciones correspondientes de este Tribunal acuerdan, mediante las providencias respectivas, admitir a trámite las cuestiones que sobre la constitucionalidad del art. 171.4 CP han planteado los Juzgados de lo Penal núm. 1 y 4 de Murcia, 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 las cuestiones en el Boletín Oficial del Estado.

6. El Presidente del Senado comunica en los distintos procedimientos que la Mesa de la Cámara ha 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 comunica en los distintos procedimientos el Acuerdo de la Mesa de la Cámara por el cual no se personaba ni formulaba alegaciones en ellos, poniendo a disposición del Tribunal las actuaciones que pudiera precisar.

7. El Abogado del Estado se persona en los distintos procedimientos en nombre del Gobierno, solicitando en su escrito de alegaciones a la primera cuestión la desestimación íntegra de la misma, y en los demás, también, principalmente, la inadmisión de las cuestiones en lo que toca al párrafo segundo del art. 171.4 CP por su manifiesta irrelevancia. En la cuestión núm. 8295-2006 solicita principalmente la inadmisión total, al considerar que la misma se ha planteado “tras haberse dictado sentencia *in voce*”. El mismo óbice lo opone en la cuestión núm. 7616-2007, al que añade que la providencia de audiencia a las partes acerca del planteamiento de la cuestión lo fuera respecto al art. 153.1 CP y no respecto al art. 171.4 CP. Alega también un problema de comunicación a las partes, como determinante de la admisibilidad de la cuestión, en la núm. 6968-2007, pues en el acta del juicio se afirma ya que “se plantea cuestión de inconstitucionalidad”.

Advierte que en los Autos de cuestionamiento sólo algunas de las razones son de inconstitucionalidad y que sólo ellas deben ser examinadas: una ley puede ser “no sólo ineficaz sino contraproducente” y tener una calidad técnica “deplorable” sin que ello la convierta en inconstitucional.

A) Considera para ello, en primer lugar, que no es relevante la invocación del art. 24.2 CE, pues “el problema planteado por el órgano judicial no radica en la prueba de los elementos del tipo, sino en el propio fundamento del tipo cuestionado”. Por su parte, la alusión a los arts. 1 y 10 requiere la conexión con otros preceptos constitucionales para fundamentar una concreta vulneración constitucional.

B) En relación con la posible vulneración del art. 14 CE y del principio de culpabilidad, el Abogado del Estado comienza recordando la doctrina del este Tribunal en torno “la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo”, y el amplio margen de libertad de que goza para ello. Advierte también, que en el precepto cuestionado “no es el sexo femenino el único que puede nutrir la condición de víctima”, pues puede serlo cualquier persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, y tampoco “parece que sólo el hombre pueda ocupar la posición de sujeto activo del delito”.

La diferente tutela penal existente “no se establece estrictamente por razón de sexo”, pues ni toda mujer está protegida en el tipo ni están los sujetos activo y pasivo definidos por su condición sexual. La alusión a la mujer que sea o haya sido esposa o pareja del autor se debe a la consideración del legislador de que “se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad que justificaría la pena agravada. ... El legislador entiende que por circunstancias socioculturales, que subsisten como herencia de una organización familiar patriarcal, el entorno de la pareja favorece una posición de cierta prevalencia del hombre sobre la mujer. Esta posición de dominio, que el legislador considera estructural en las relaciones afectivas, justifica que en el entorno de presentes o pasadas relaciones de pareja, deba darse especial protección a la mujer. No parece que la apreciación del

legislador pueda considerarse irrazonable o arbitraria, teniendo en cuenta los datos estadísticos. ... La mujer, no por el hecho de serlo, sino por circunstancias sociales y culturales fuertemente arraigadas, se encuentra en una situación especialmente vulnerable en el entorno de la relación de pareja”.

No se establece una medida de discriminación positiva, sino de “una respuesta legislativa dada a una mayor necesidad de tutela penal y social”. Tampoco nos introduce en un Derecho Penal de autor, pues, por una parte, el autor del delito puede ser tanto un hombre como una mujer, y, por otra, la única diferencia de trato se debe a que “el legislador considera que la mujer en el entorno de una relación de pareja es especialmente vulnerable, dada la tradicional organización patriarcal de la familia, que vendría a favorecer una posición de dominio del hombre sobre la mujer”. El art. 171.4 CP no castiga así una tipología de autor, una personalidad, un carácter o una forma de conducir la propia vida, sino un hecho bien definido. “El autor responde únicamente de sus propios actos, y éstos son los únicos que se valoran penalmente”.

Tampoco, en fin, se atenta contra la dignidad del hombre por presumir en él un móvil machista, ni contra la dignidad de la mujer por presumir su especial vulnerabilidad. “Lo único que ha valorado el legislador es que en el entorno de una relación de pareja determinadas circunstancias socioculturales favorecen la superioridad del hombre y la correlativa vulnerabilidad de la mujer. ... El legislador actúa simplemente del mismo modo que con el resto de potenciales sujetos pasivos de las distintas infracciones penales: otorgándoles la protección más eficaz para que la pena cumpla sus fines de prevención general y especial”.

C) 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 ha de medirse también en atención a sus circunstancias, que por lo general el autor de la infracción conoce. “La razón de la agravación de las concretas amenazas previstas en el art. 171.4, párrafo 1º, no es otra que la especial necesidad de protección en que se encuentra la mujer en el entorno de una relación de pareja” y ha de considerarse que tal agravación, por lo ya argumentado, es razonable, por lo que tampoco cabe el reproche de proporcionalidad expresado en el Auto de cuestionamiento.

Más detalladamente en los escritos de alegaciones subsiguientes a los de la primera cuestión, sostiene el Abogado del Estado que ninguno de los argumentos para justificar la infracción del principio de proporcionalidad revisa la idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta de la norma analizada, lo que sería suficiente para la desestimación. Sea como fuere, en relación con tales argumentos señala el escrito: que “de la Constitución no cabe inferir que el legislador venga obligado a conceder amplios márgenes de individualización al juez penal”; que nada se demuestra acerca de que la visión de las relaciones heterosexuales de pareja del art. 1.1 LO 1/2004 sea “arbitraria en sí misma o por comparación”; y que ciertamente en la abrumadora mayoría de las relaciones heterosexuales de pareja no hay violencia contra las mujeres, pero la cuestión está en las relaciones en las que sí la hay, casos “legislativamente bien definidos como

supuestos en que – por necesidad o al menos por la mayor frecuencia – la violencia masculina exhibe, expresa o manifiesta discriminación o afán de dominio contra la mujer”.

8. En sus escritos de alegaciones en los correspondientes procedimientos el Fiscal General del Estado concluye que el precepto cuestionado no vulnera ninguna norma constitucional, remitiéndose, para la fundamentación de esta afirmación, a las consideraciones vertidas en su escrito de alegaciones sobre la admisibilidad de la primera cuestión (antecedente 4 de esta Sentencia).

9. Mediante providencia de 22 de mayo de 2008, el Pleno de este Tribunal concede un plazo de diez días al Abogado del Estado y al Fiscal General del Estado para que pueden alegar lo que estimen conveniente en torno a la acumulación a la cuestión de inconstitucionalidad 5983–2005 las seguidas con los números 8295–2006, 9765–2006, 954–2007, 1264–2007, 2083–2007, 3088–2007, 6968–2007, 7616–2007, 8972–2007, 52–2008 y 2315–2008. Tanto Abogado del Estado como el Fiscal General del Estado interesan la acumulación, que se acuerda mediante Auto de de junio de 2008.

10. Mediante providencia de 17 de febrero de 2009 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 19 del mismo mes y año, trámite que ha finalizado en el día de hoy.

## **II. Fundamentos jurídicos**

1. La Magistrada–Juez titular del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia considera que el párrafo primero del art. 171.4 del Código Penal, 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 arts. 9.3, 10.1, 14, 17.1, 24.2 y 25.1 de la Constitución por serlo de los principios de igualdad, proporcionalidad penal y culpabilidad, y del valor de la dignidad de la persona contemplados en dichos artículos. Tanto el Abogado del Estado como el Fiscal General del Estado se oponen a esta consideración e interesan la desestimación íntegra de las cuestiones. La petición principal del Abogado del Estado es la inadmisión parcial de todas las cuestiones, en lo referido al párrafo segundo del art. 171.4 CP, y la inadmisión total de tres de ellas (núms. 8295-2006, 6978-2007 y 7616-2007), en las que observa defectos formales.

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”.

2. De un modo principal, el Abogado del Estado solicita la inadmisión de todas las cuestiones respecto al párrafo segundo del art. 171.4 CP (“Igual pena se impondrá al que de modo leve amenace a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”), porque considera que su validez es irrelevante para la decisión del proceso (art. 35.2 LOTC). Atribuye además ciertos defectos formales graves a la tramitación de los Autos de cuestionamiento correspondientes a las cuestiones núm. 8295-2006, 6978-2007 y 7616-2007, por lo que respecto a las mismas pide principalmente su entera inadmisión.

A) Aunque ciertamente algunos pasajes del Auto señalan como cuestionado el entero art. 171.4 CP, la resolución concluye el apartado correspondiente a la “Norma cuya constitucionalidad se cuestiona” con la exclusión al respecto de su segundo párrafo (“Igual pena se impondrá al que de modo leve amenace a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”). Tal exclusión del cuestionamiento hace innecesario el análisis del óbice de irrelevancia que opone el Abogado del Estado respecto a este párrafo del enunciado legal.

B) Tampoco procede acordar la inadmisión que solicita asimismo el Abogado del Estado respecto a la cuestión núm. 8295-2006, a la que achaca la extemporaneidad de su planteamiento (art. 35.2 LOTC), una vez dictada la sentencia y no en el plazo para el dictado de la misma. No se constata, sin embargo, este presupuesto fáctico de la petición: el acta correspondiente refleja el contenido de la conformidad alcanzada (condena a la pena solicitada por el Ministerio Fiscal) y, a pesar de la dicción del formulario que sirve para cumplimentar el acta, señala expresamente por dos veces que se suspende el plazo para dictar sentencia.

C) No concurre tampoco el defecto de comunicación (art. 35.2 LOTC) que el Abogado del Estado atribuye a la tramitación de la cuestión núm. 6968-2007. Que en el acta del juicio se expresara que “se plantea cuestión de inconstitucionalidad” no inducía a error al Ministerio Fiscal y a las partes en el sentido de que la cuestión estuviera ya planteada, puesto que en el propio juicio se anunciaba la concesión del plazo para las alegaciones al respecto y puesto que en la posterior providencia se hizo lo propio para el dictado de un Auto “decidiendo plantear o no la cuestión”.

D) En cambio debe darse la razón al Abogado del Estado en cuanto a la inadmisibilidad de la cuestión 7616-2007, puesto que la providencia para la audiencia de las partes en torno a su planteamiento refirió la posible inconstitucionalidad al art. 153.1 CP, y no al art. 171.4 CP, y sobre tal erróneo objeto se pronunció la acusación particular. Procede recordar de nuevo “la importancia del trámite de audiencia del art. 35.2 LOTC”, que satisface las funciones de “garantizar una efectiva y real audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal ante una posible decisión de tanta entidad como lo es la apertura de un proceso constitucional, poniendo a disposición del órgano judicial un medio que le permita conocer con rigor la opinión de los sujetos interesados”, y de “facilitar el examen por parte de este Tribunal acerca de la viabilidad de la cuestión misma y el alcance del problema constitucional en ella planteado” (STC 312/2006, de 8 de noviembre, FJ 6).

3. El Auto de cuestionamiento divide su argumentación en dos grandes bloques. El primero tiene por contenido la posible vulneración del principio de proporcionalidad penal por parte del precepto cuestionado. El segundo y más extenso se refiere en su epígrafe al derecho a la igualdad, pero incluye también las objeciones atinentes al principio de culpabilidad y a la dignidad de la persona.

Las alegaciones relativas a este segundo apartado del Auto de cuestionamiento encuentran respuesta, en gran medida, en la STC 59/2008, de 14 de mayo, que es la resolución que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad interpuesta por el mismo órgano judicial ahora cuestionante respecto al primer inciso del art. 153.1 CP, precepto que recoge un delito de maltrato ocasional con la misma pena y la misma descripción de los sujetos activo y pasivo que el art. 171.4 CP. Ahora como entonces la duda central de la Magistrada cuestionante se refería a la existencia de un tratamiento punitivo diferente de la misma conducta en función del sexo de los sujetos activo y pasivo, que sería por ello contrario al art. 14 CE. Así, a partir de su interpretación del tipo penal que supone una autoría exclusivamente masculina, resultará que la pena privativa de libertad imponible en su caso – pues es alternativa a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad – a un varón que amenace levemente a quien es o fue su pareja afectiva femenina será de seis meses a un año, mientras que la misma amenaza leve en los demás supuestos de parejas o ex parejas (amenazas de una mujer o amenazas de un varón hacia otro) o hacia los demás sujetos del artículo 173.2 CP (respecto al autor, “los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o ... los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o ... persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como ... las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados”) tendrá en todo caso un marco penal inferior: si la amenaza leve se produce con armas u otros instrumentos peligrosos el límite mínimo de la pena alternativa de prisión será de tres meses (art. 171.5 CP), y si la amenaza se efectúa sin tales recursos intimidatorios será sancionada como un mera falta con pena de cuatro a ocho días de localización permanente o de cinco a diez días de trabajos en beneficio de la comunidad (art. 620, párrafo 3º CP).

Nuestro primer punto de partida para la resolución de esta duda de constitucionalidad ha de ser, como en la STC 59/2008 (FJ 6), el recuerdo de que “corresponde en exclusiva al legislador el diseño de la política criminal”, para el que “goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática” (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6; 161/1997, de 2 de octubre, FJ 9; AATC 233/2004, de 7 de junio, FJ 3; 332/2005, de 13 de septiembre FJ 4). Nuestro actual análisis del art. 171.4 CP no puede por ello “serlo de su eficacia o de su bondad, ni alcanza a calibrar el grado de desvalor de su comportamiento típico o el de severidad de su sanción. Sólo nos compete enjuiciar si se han respetado los límites externos que el principio de igualdad impone desde la Constitución a la intervención legislativa” (STC 59/2008, FJ 6).

El segundo punto de partida para afrontar la respuesta que se nos pide acerca de la constitucionalidad del precepto es el de que la vertiente del art. 14 CE afectada por el mismo es el principio general de igualdad y no la prohibición de discriminación por razón de sexo, 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” (STC 59/2008, FJ 7).

4. A partir de la perspectiva que demarca el principio general de igualdad la constitucionalidad de la norma pasa, según nuestra doctrina, por “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).

A) El análisis de razonabilidad de la diferenciación ha de comenzar por el de la legitimidad del fin de la norma. Como reseñábamos en la STC 59/2008, de la lectura de la exposición de motivos y del articulado de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que es la ley orgánica que introduce en el Código Penal el precepto ahora cuestionado, se infiere que la misma “tiene como finalidad principal 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” (FJ 8).

A partir de esta constatación, “(t)anto en lo que se refiere a la protección de la vida, la integridad física, la salud, la libertad y la seguridad de las mujeres, que el legislador entiende como insuficientemente protegidos en el ámbito de las relaciones de pareja, como en lo relativo a la lucha contra la desigualdad de la mujer en dicho ámbito, que es una lacra que se imbrica con dicha lesividad, es palmaria la legitimidad constitucional de la finalidad de la ley, y en concreto del precepto penal ahora cuestionado, y la suficiencia al respecto de las razones aportadas por el legislador” (FJ 8).

B) El segundo análisis de igualdad enunciado se refiere a la funcionalidad de la diferenciación cuestionada para la legítima finalidad perseguida, que se producirá si 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 prevenir las. Y, como afirmamos en la STC 59/2008, “(n)o resulta reprochable el entendimiento legislativo referente a que una agresión supone un daño mayor en la víctima cuando el agresor actúa conforme a una pauta cultural – la desigualdad en el ámbito de la pareja – generadora de gravísimos daños a sus víctimas y dota así consciente y objetivamente a su comportamiento de un efecto añadido a los propios del uso de la violencia en otro contexto. Por ello, ... considerar que esta inserción supone una mayor lesividad para la víctima: de un lado, para su seguridad, con la disminución de las expectativas futuras de indemnidad, con el temor a ser de nuevo agredida; de otro, para su libertad, para la libre conformación de su voluntad, porque la consolidación de la discriminación agresiva del varón hacia la mujer en el ámbito de la pareja añade un efecto intimidatorio a la conducta, que restringe las posibilidades de actuación libre de la víctima; y además para su dignidad, en cuanto negadora de su igual condición de persona y en tanto que hace más perceptible ante la sociedad un menosprecio que la identifica con un grupo menospreciado. No resulta irrazonable entender, en suma, que en la agresión del varón hacia la mujer que es o fue su pareja se ve peculiarmente dañada la libertad de ésta; se ve intensificado su sometimiento a la voluntad del agresor y se ve peculiarmente dañada su dignidad, en cuanto persona agredida al amparo de una arraigada estructura desigualitaria que la considera como inferior, como ser con menores competencias, capacidades y derechos a los que cualquier persona merece” [FJ 9.A)].

C) Tampoco cabe apreciar que la diferencia en las consecuencias jurídicas de las normas comparadas entrañe una desproporción que conduzca por esta vía a la inconstitucionalidad *ex principio* de igualdad del artículo cuestionado.

a) En el caso de las amenazas leves con armas u otros instrumentos peligrosos la diferencia básica consiste en la elevación del límite mínimo del marco penal de la pena alternativa de prisión de tres (art. 171.5 CP) a seis meses (art. 171.4 CP). Ciertamente el hecho de que el tipo del art. 171.4 CP se catalogue por el legislador como de “violencia de género” comporta un régimen distinto y más severo de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad y de sustitución de la misma, pero el mismo se debe a la previsión específica al respecto de preceptos que no han sido cuestionados (arts. 83.1, párrafo 3º, 84.3, y 88.1, párrafo 3º CP).

En el caso de las amenazas leves sin armas u otros instrumentos peligrosos, frente a la pena del art. 171.4 CP, “cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2 CP” la pena será de “localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días” (art. 620, párrafo 3º CP). No es irrelevante que esta última pena responda a la catalogación del hecho como falta, y que la misma abra la puerta a la posibilidad de nuevas diferencias en el régimen de consecuencias jurídicas subsiguiente a la responsabilidad penal probable o firme. Y así, no podrá ser causa en principio de una detención (art. 495 LECr.) ni de una medida de prisión provisional (arts.

502 y ss. LECr.); el plazo de suspensión de la pena es menor (art. 80.2 CP) y tal suspensión no podrá quedar condicionada al cumplimiento de obligaciones adicionales (art. 83.1 CP); puede interpretarse que su comisión no obsta a la suspensión de otra pena privativa de libertad (art. 81.1º CP) ni quiebra la condición básica de una suspensión vigente (art. 84.1 CP); no comporta penas accesorias (arts. 56 y 57 CP); frente al delito de amenazas leves, no computa a efectos de reincidencia en un futuro delito de amenazas (art. 22.8ª CP).

b) No nos corresponde evaluar la entidad en sí de estas diferencias directas o potenciales, ni su oportunidad, sino sólo, en el marco del juicio constitucional de igualdad que se nos solicita, analizar si las mismas convierten en desproporcionada la diferenciación normativa que hemos declarado en principio como no irrazonable, y si deparan con ello un juicio negativo de la norma *ex* art. 14 CE.

Ciertamente merece ser subrayada la diferenciación punitiva que se produce entre los supuestos comparados en relación con la conducta de amenaza leve sin armas. En primer lugar, por la notoria diferencia de los marcos penales iniciales: frente a la pena del art. 171.4 CP 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”, la pena del art. 620, párrafo 3º CP es de “localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días”. Y, en segundo lugar, por el hecho de que frente a la consideración como delito de la amenaza leve sin armas del varón a la mujer que es o fue su pareja afectiva (art. 171.4 CP) se califique como falta la amenaza leve sin armas hacia persona vinculada con el autor por alguna de las relaciones familiares, de guarda o de custodia a las que se refiere el art. 173.2 CP (art. 620, párrafo 3º CP), con la significativa levedad comparativa que esta calificación como falta supone tanto en el reproche social como, según se ha anotado ya, en consecuencias jurídicas derivadas de la pena o relacionadas con la misma. Es notorio que, en comparación a lo que sucede con las faltas, la imputación a título de delito comporta un sometimiento al procedimiento penal que puede resultar especialmente gravoso, y que ya dicha imputación, pero sobre todo la condena como autor o partícipe de un delito, puede incidir en la consideración social de la persona afectada, que queda *de facto* sometido a cierto riesgo de estigmatización.

No es ocioso recordar que esta diferenciación cuantitativa y cualitativa entre delito y falta fue una de las que vertebró el cuestionamiento desde la perspectiva de la proporcionalidad de la pena de una versión anterior del art. 153.1 CP, la que establecía la Ley Orgánica 11/2003, que tipificaba como delitos ciertas agresiones y amenazas en el ámbito doméstico que fuera de él se seguían considerando como falta. Este cuestionamiento fue inadmitido como notoriamente infundado en los AATC 233/2004, de 7 de junio, y 332/2005, de 13 de septiembre.

A pesar de esta notable diferencia punitiva entre las amenazas leves sin armas en los casos que el legislador denomina como propios de violencia de género (los del art. 171.4, párrafo 1º) y el resto de las amenazas leves sin armas que puedan darse en el seno de la pareja, no consideramos que dicha diferencia convierta en inconstitucional *ex art. 14* el precepto cuestionado por la desproporción de las consecuencias de una diferenciación que en sí ya hemos calificado de razonable. Conviene recordar una vez más que es éste un juicio de constitucionalidad, que es el único que nos compete, y que el mismo nada dice acerca de la oportunidad de la norma ni de su calidad, ni siquiera en términos de axiología constitucional.

Nuestra conclusión se sustenta, en primer lugar, en las finalidades de la diferenciación, que, conviene recordarlo, son la protección de la libertad y de la seguridad de las mujeres, “que el legislador entiende como insuficientemente protegida[s] 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). Y atiende también, en segundo lugar, al complejo y flexible sistema de determinación de la pena correspondiente al delito del art. 171.4 CP, que, como se expone a continuación, 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.

Así, ha de tenerse en cuenta que la pena de prisión es alternativa a la de trabajos en beneficio de la comunidad, de idéntica duración en los arts 171.4 y 171.5 CP, y que por lo tanto el órgano judicial puede decidir no imponer privación de libertad alguna. En ambas normas se añade una pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, también de la misma duración para ambos preceptos, y una pena potestativa de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento que, si bien tiene un límite superior más elevado en el art. 171.4 CP (cinco años) que en el 171.5 CP (tres años), tiene también un límite inferior más leve (un día frente a seis meses). Quiere decirse con ello que en la pena alternativa a la de prisión y en las demás penas no hay diferencias, o no son sustanciales, en la sanción de los supuestos de amenazas leves con armas (arts. 171.4 y 5 CP); y que en las amenazas leves sin armas la opción posible por la pena de trabajos en beneficio de la comunidad reduce significativamente la diferencia punitiva en los supuestos comparados (arts. 171.4 y 620, párrafo 3º CP). Esta reducción de la diferencia es mayor si se tiene en cuenta que la pena del art. 171.4 CP puede ser la inferior en grado “en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho” (art. 171.6 CP), con lo que la pena del art. 171.4 CP alcanzaría un mínimo de tres meses de prisión y de la mitad de los treinta y un días de trabajos en beneficio de la comunidad (art. 70. 1 y 2 CP).

Es preciso señalar, en fin, en esta valoración constitucional de las diferentes consecuencias de los supuestos diferenciados, que el párrafo segundo del art. 171.4 CP impone la misma pena “al que de modo leve amenace a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”, con lo que se equiparan punitivamente a las amenazas leves del varón hacia quien es o fue su pareja femenina ciertas otras amenazas leves en el seno de tales relaciones: las que reciba una persona especialmente vulnerable (hombre o mujer) que conviva con el autor o con la autora.

5. Como afirmamos en la STC 59/2008, de 14 de mayo, en relación entonces con el tipo penal del art. 153.1 CP, no apreciamos que el precepto del art. 171.4 CP vulnere el principio de culpabilidad penal. Por una parte, porque “(e)l 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). No hay, por otra parte, 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” (FJ 11).

6. En el marco de la argumentación de la duda de igualdad alude también el Auto de cuestionamiento a la posible oposición del art. 171.4 CP al valor de la dignidad de la persona en cuanto que “sugiere la equiparación de la mujer a las personas especialmente vulnerables”: “la sola previsión paralela y yuxtapuesta de los dos casos agravados constituye una invitación al sentimiento de desdoro para la dignidad de la mujer”.

Tampoco puede ser acogida esta objeción de constitucionalidad, porque no cabe acoger su presupuesto. El precepto no cataloga a la mujer como persona especialmente vulnerable, descripción del sujeto pasivo de otro tipo penal, el del párrafo segundo del 171.4 CP. Es en el tipo del primer párrafo donde se contempla un sujeto pasivo femenino en atención a que, “de un modo no reprochable constitucionalmente, el legislador aprecia una gravedad o un reproche peculiar en ciertas agresiones concretas que se producen en el seno de la pareja o entre quienes lo fueron, al entender el legislador, como fundamento de su intervención penal, que las mismas se insertan en ciertos parámetros de desigualdad tan arraigados como generadores de graves consecuencias, con lo que aumenta la inseguridad, la intimidación y el menosprecio que sufre la víctima” [STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 11 a)]. No se trata así de que el legislador presuma o aprecie una especial vulnerabilidad de la mujer por el hecho de serlo, sino de la consideración razonable de 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” (STC 59/2008, FJ 9).

7. El otro bloque de la argumentación que sostiene las dudas de constitucionalidad del art. 171.4 CP se refiere a su compatibilidad con el principio de proporcionalidad penal, que el Auto de cuestionamiento deriva de los arts. 9.3, 17.1 y 25.1 CE. Este juicio de

proporcionalidad no compara las consecuencias de los supuestos diferenciados, análisis propio del juicio de igualdad [*supra* FJ 3 B)], sino que tiene como referentes los beneficios y costes de la norma cuestionada en términos de axiología constitucional.

Ciertamente, como refleja el propio Auto, una duda similar se planteó ya con el antiguo delito de amenazas leves “con armas y otros instrumentos peligrosos” en el ámbito doméstico (art. 153 CP en la redacción dada al mismo por la LO 11/2003) y fue inadmitida por los AATC 233/2004, de 7 de junio, y 332/2005, de 13 de septiembre. Y ciertamente también que entonces como ahora se cuestionaba la proporcionalidad de la sanción como delito de conductas que en la regulación anterior eran constitutivas de mera falta; en concreto, en el cuestionamiento del anterior art. 153.1 CP, “de conductas que en la regulación anterior eran constitutivas de meras faltas y en la dada por la Ley Orgánica 11/2003 pasan a constituir delito en atención al ámbito doméstico en el que se producen y a la cualidad del sujeto pasivo” (ATC 332/2005, FJ 3). Pero cierto es también, como argumenta la Magistrada cuestionante, que entre dicha norma y la que ahora se cuestiona por la desproporción de su pena existen diferencias: la conducta del vigente art. 171.4 CP incluye todas las amenazas leves; su pena alternativa de prisión tiene un límite mínimo superior (seis meses en lugar de tres), aunque su pena puede reducirse en un grado, lo que comportaría una pena de prisión con un mínimo de tres meses (art. 171.6 CP) y una pena de trabajos de beneficio de la comunidad inferior a la del anterior a la del citado antiguo art. 153.1 CP; su pena potestativa de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento es diferente, mayor en su máximo y menor en su mínimo (hasta cinco años en lugar del tramo de seis meses a tres años).

Las diferencias punitivas entre el antiguo art. 153 CP y el vigente art. 171.4 CP son pocas y muy limitadas – en esencia sólo afectan a las amenazas leves sin armas u otros instrumentos peligrosos –, y no modifican el resultado del juicio constitucional de falta de desproporción emitido en los reseñados AATC 233/2004 y 332/2005. Procede recordar que este juicio “debe partir en esta sede de la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo”, y que en esta configuración, que supone “un complejo juicio de oportunidad”, el legislador goza de un amplio margen de libertad. El juicio que procede en esta sede jurisdiccional “debe ser por ello muy cauteloso. Se limita a verificar que la norma penal no produzca un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho”. Cabe afirmar la proporcionalidad de una reacción penal cuando la norma persiga “la preservación de bienes o intereses que no estén constitucionalmente proscritos ni sean socialmente irrelevantes”, y cuando además la pena sea “instrumentalmente apta para dicha persecución”, necesaria y proporcionada en sentido estricto. “Desde la perspectiva constitucional sólo cabrá calificar la norma penal o la sanción penal como innecesarias cuando, a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un

medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador ... Y sólo cabrá catalogar la norma penal o la sanción penal que incluye como estrictamente desproporcionada cuando concorra un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa" (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 23; también, SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FF JJ 6 y s.; 161/1997, de 2 de octubre, FF. JJ. 9 y ss.; AATC 233/2004, de 7 de junio, FJ 3; 332/2005, de 13 de septiembre, FJ 4).

8. Como señala el Abogado del Estado, en la extensa argumentación del Auto de cuestionamiento no se especifica cuál de los análisis de proporcionalidad es el que depararía la inconstitucionalidad de la norma. De los distintos argumentos cabe inferir, en primer lugar, una impugnación del carácter mínimo o necesario de la pena, pues se invoca la ausencia de necesidades de prevención para la elevación de la pena; por otra parte, se enuncian algunas razones para sostener la desproporción estricta de la pena: ciertas amenazas leves de las comprendidas en el art. 171.4 CP deberían ser merecedoras de falta; la pena de las amenazas leves con armas u otros instrumentos peligrosos en los casos descritos en dicho precepto revelaría el exceso de la misma pena para las amenazas leves sin tales recursos intimidatorios; la pena devendría excesiva si se la compara con la inferior que merecen las amenazas hacia otros grupos de personas y, más en concreto, con la que acompaña a la calificación de falta cuando las amenazas se producen sin armas u otros instrumentos peligrosos.

A) Debe rechazarse la objeción atinente a la falta de necesidad de la agravación operada en relación con las amenazas leves sin armas u otros instrumentos peligrosos. Más allá de la pura afirmación, y frente a la justificación legislativa de "la especial incidencia" que tienen "las agresiones sobre las mujeres" en "la realidad española" (exposición de motivos I LO 1/2004), y entre ellas las constitutivas de violencia de género en el ámbito de la pareja, el Auto no exterioriza los razonamientos lógicos o los datos empíricos no controvertidos que abonarían una "funcionalidad manifiestamente similar" de la pena anterior más leve (por todas, STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 11).

B) Ciertamente se intenta también sustentar la falta de necesidad de la nueva pena más grave, y además su falta de proporción estricta en relación con el delito, en la comparación con las penas que se asignan a otras conductas. Se subraya así, en primer lugar, la pena más leve que el legislador asigna a otros delitos que el Auto de cuestionamiento considera de gravedad similar, tales como las amenazas leves a otras personas en el ámbito doméstico; mayor levedad punitiva sobre todo cuando se producen sin armas u otros objetos peligrosos. Se compara también la pena de las amenazas leves con armas u otros instrumentos peligrosos del varón hacia la mujer que es o fue su pareja afectiva con la misma pena, la del art. 171.4 CP, cuando esa misma amenaza se produce sin armas. Esta comparación sería extensiva a la que se produce entre la mayor pena de la amenaza sin armas del art. 171.4 CP y la menor pena de la amenaza con armas cuando, por ejemplo, es la cónyuge el sujeto activo del delito y su marido el sujeto pasivo.

Especial relevancia comparativa a los efectos de mostrar la desproporción de la pena que se asigna a la amenaza leve sin armas en los supuestos del art. 171.4 CP tendría la pena que se asigna a ese mismo supuesto cuando los sujetos activo y pasivo son distintos pero vinculados por relaciones familiares o de guardia y custodia. Mientras que en el primer supuesto, el del art. 171.4 CP, la conducta es catalogada como delito y se le asigna una pena de “prisión de seis meses a un año o [...] 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”, el segundo supuesto se considera como falta y se pena con “localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días” (art. 620, párrafo 3º CP). Para la correcta apreciación de la magnitud de la diferencia debe considerarse no sólo la diferencia cuantitativa y cualitativa de los respectivos marcos punitivos, sino también el hecho de que un tipo de conducta se repunte como delito y el otro como falta. Como ya indicamos en el fundamento jurídico 4.C), cuando realizábamos el juicio de proporcionalidad de las conductas diferenciadas en el marco de la duda de igualdad (art. 14 CE), la calificación como delito comporta no sólo un reproche social cualificado, sino diversas consecuencias jurídicas más gravosas en relación, por ejemplo, con la posibilidad de sufrir una prisión provisional, con la suspensión de la pena, o con la asignación de penas accesorias.

Con independencia de que las comparaciones expuestas por el Auto de cuestionamiento no se orientan específicamente a mostrar una desproporción inconstitucional (“un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma” – STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 9 –), las mismas prescinden de la razonable apreciación por parte del legislador de un desvalor añadido en las amenazas tipificadas en el 171.4 CP a partir de “su significado social objetivo y de su lesividad peculiar para la seguridad, la libertad y la dignidad de las mujeres” (STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 12). Este desvalor mayor es el que justifica una pena mayor y el que hace también que quepa incluso considerar como no relevante para la fijación del marco de la pena un modo de utilización de armas que en todo caso no altera la calificación de leve de las amenazas. Así, afirmada como razonable la especial lesividad de las amenazas cuando provienen del varón y se dirigen a la mujer que es o fue su pareja afectiva, no constatamos la desproporción punitiva alegada por el hecho de que no varíe el marco penal en función de cierto tipo de utilización de armas u otros instrumentos peligrosos. En primer lugar, porque, respecto a la comparación interna de las conductas del art. 171.4 CP, la amplitud del marco penal posibilita la valoración de la presencia o de la ausencia de dicho factor de agravación con la selección de una concreta pena mayor o menor. En segundo lugar, respecto a la comparación que depara la amenaza leve sin armas del art. 171.4 CP con la amenaza leve con armas del art. 171.5 CP, de marco penal más leve, porque debe insistirse en la razonable apreciación legislativa en el primer caso de un relevante factor de agravación – propio de lo que el legislador denomina “violencia de género” - que no concurre en el segundo. De este modo, por lo que respecta al único juicio ahora pertinente, la pena que se asigna a la amenaza leve con armas, pero sin aquel relevante factor (art.

171.5 CP), no permite apreciar en el inciso del art. 171.4 CP que se refiere a la amenaza leve sin armas aquel severo desequilibrio entre su pena y su finalidad de protección que lo convertiría en inconstitucional, pues precisamente la elevación de la pena en este caso se debe a que al desvalor propio de la amenaza leve ha de sumarse de un modo no irrazonablemente cualificado el desvalor que añade el tipo de vinculación entre el autor y su víctima.

Este significativo desvalor mayor de las amenazas en el seno de lo que el legislador califica como “violencia de género”, que es un desvalor relativo a la igualdad, a la libertad y la seguridad de las mujeres en el ámbito de las relaciones de pareja, es el que hace que desde la perspectiva constitucional que nos es propia, y que en el control de la proporcionalidad estricta de la pena se reduce a constatar si existe un desequilibrio patente y excesivo entre la sanción y la finalidad de la norma, no pueda afirmarse la desproporción en la que sustenta su duda la Magistrada cuestionante. No conduce a tal conclusión ni la comparación de la pena de las amenazas leves con armas en los supuestos del art. 171.4 CP con la misma pena de las amenazas leves sin armas en los mismos supuestos; ni la comparación de la pena de las amenazas leves sin armas en los supuestos del art. 171.4 CP con la menor pena de las amenazas leves con armas en otras relaciones de pareja (art. 171.5 CP); ni la comparación de la pena del delito de amenaza leve sin armas en los supuestos del art. 171.4 con la pena de la falta de amenaza leve sin armas en otras relaciones familiares o de guardia y custodia (art. 620, párrafo 3º); máxime, en todos los casos, si se recuerda tanto que la pena del art. 171.4 CP puede serlo de trabajos en beneficio de la comunidad, como que puede convertirse en la inferior en grado “en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho” (art. 171.6 CP).

En suma, 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 sus importantes finalidades– 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 [*supra* FJ 4 A)] –, hemos de concluir que los argumentos expuestos por la Magistrada cuestionante no son bastantes para apreciar la desproporción inconstitucional que centra la segunda y última duda de constitucionalidad de sus Autos. Tal como hicimos en el ATC 332/2005, de 13 de septiembre, procede concluir que “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 (respecto de lo cual el órgano judicial no menciona medida alguna, limitándose a referirse a la antigua regulación, que la práctica ha demostrado palmariamente ineficaz, ...), 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” (FJ 5).

### **F A L L O**

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

Ha decidido

Inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad núm. 7616-2007.

Desestimar las cuestiones de inconstitucionalidad núm. 5983-2005, 8295-2006, 9765-2006, 954-2007, 1264-2007, 2083-2007, 3088-2007, 6968-2007, 8972-2007, 52-2008 y 2315-2008.

Publíquese esta Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dada en Madrid, a diecinueve de febrero de dos mil nueve.

**VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas, respecto a la Sentencia del Pleno, de fecha 19 de febrero de 2009, dictada en la Cuestión de Inconstitucionalidad núm. 5983/2005 y acumulados**

En el ejercicio de la facultad que nos confiere el art. 90.2 de 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. 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 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.

2. En el caso del art. 171.4. CP, objeto de las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas en este caso, 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.

En Madrid, a 19 de febrero de 2009

Fdo. Ramón Rodríguez Arribas

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO D. JORGE  
RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ A LA SENTENCIA DEL PLENO QUE  
RESUELVE LAS CUESTIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD  
ACUMULADAS NÚMS. 5983–2005, 8295–2006, 9765–2006, 954–2007, 1264–2007,  
2083–2007, 3088–2007, 6968–2007, 7616–2007, 8972–2007, 52–2008 y 2315–2008,  
SOBRE EL ART. 171.4 DEL CÓDIGO PENAL, EN LA REDACCIÓN DADA POR  
LA LEY ORGÁNICA 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE.**

En el ejercicio de la facultad conferida por el art. 90.2 LOTC expongo mi discrepancia con la Sentencia aprobada, por razones sustancialmente coincidentes con el Voto Particular que formulé a la STC 59/2008, de 14 de mayo, que resolvió sobre la constitucionalidad del art. 153.1 CP.

Creo conveniente recordar que nuestra cultura jurídica se asienta en buena medida en principios forjados por la Revolución francesa. El art. 1 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789 proclama que “*Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos*”; su art. 6 declara que “*La ley es la expresión de la voluntad general (...) Debe ser igual para todos, tanto cuando proteja como cuando castigue. Todos los ciudadanos son iguales ante sus ojos*”; y su art. 9 añade, en fin, que “*todo hombre se presume inocente mientras no sea declarado culpable*”.

Estos principios son reconocibles en la Constitución Española, cuyo art. 10.1 destaca la la dignidad de la persona como fundamento de nuestro sistema constitucional; el art. 14 consagra el principio/derecho de igualdad; y el art. 24.2 reconoce el derecho a la presunción de inocencia.

¿Respetan estos principios el párrafo primero del art. 171.4 del Código Penal?. La posición que expreso en el presente Voto particular exige diferenciar tres niveles de enjuiciamiento, referidos a la compatibilidad de la Constitución con una sanción agravada de la violencia de género, la constitucionalidad de la concreta fórmula empleada por el legislador en el art. 171.4 CP y los fundamentos que acoge la Sentencia para declarar la constitucionalidad del precepto cuestionado.

1. *Constitucionalidad de la punición agravada de la violencia de género.*

No admite discusión la existencia de una forma específica de violencia que viene denominándose violencia de género, así como tampoco el que la sociedad se muestra justamente indignada y alarmada ante la constante sucesión de actos violentos protagonizados por quienes actúan creyéndose con derecho a disponer de la vida de su pareja. Ello demanda un tratamiento penal específico, cauces procesales ágiles y medidas cautelares eficaces. Más aún, es necesario transmitir a las víctimas de esta violencia que, todos en general y las instituciones en particular, estamos comprometidos en erradicarla.

En las dos últimas décadas el legislador español ha venido aprobando diversas medidas penales con el propósito de prevenir y sancionar esta modalidad de violencia y, a mi juicio, no se incurre en inconstitucionalidad por incorporar una penalidad agravada para combatirla, porque lo relevante no son las concretas consecuencias físicas de la agresión sino su inserción en un proceso que provoca la subordinación de la mujer, la desestabilización de la personalidad y del equilibrio psíquico de la víctima, extendiendo sus efectos sobre el desarrollo integral de los hijos menores que puedan convivir con la mujer maltratada. Por tanto, sostengo la constitucionalidad de las medidas penales que proporcionen un tratamiento diferenciado y agravado de la violencia de género.

*2. Problema de taxatividad que suscita la fórmula empleada por el legislador en el primer párrafo del art. 171.4 CP.*

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, señala en su art. 1.1 que constituye su objeto actuar contra la violencia que, “como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”.

Sin embargo, en el art. 171.4 CP ese elemento finalista no se ha incorporado al texto finalmente aprobado por el legislador -y los trabajos parlamentarios permiten entender que tal omisión ha sido deliberada- por lo que el precepto, aplicado en sus propios términos, sólo atiende al hecho objetivo de que se profiera una amenaza, cualquiera que sea la causa y el contexto de dicha acción. Esta falta de identidad entre la redacción dada al precepto cuestionado y el propósito declarado por la Ley que lo introduce en el Código Penal, genera una duda razonable acerca de cuál sea la conducta tipificada por el legislador, duda que ya por sí misma es incompatible con el imperativo de taxatividad *-lex certa-* que deriva del art. 25.1 CE, puesto que el principio de legalidad penal, cuando se proyecta sobre la función legislativa, obliga a configurar las leyes sancionadoras llevando a cabo el máximo esfuerzo posible para garantizar la seguridad jurídica, es decir, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones (por todas, STC 283/2006, de 9 de octubre, FJ 5).

*3. La interpretación del precepto que la Sentencia estima conforme con la Constitución.*

Si nos adentramos en el verdadero sentido y alcance de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, se advierte que lo que se pretende combatir a través de la tutela penal que dispensa es un tipo de comportamiento social identificado como machismo, cuando se manifiesta, en este caso, a través de la amenaza. Si lo que hubiera que someter a comparación fueran las meras amenazas que hombre y mujer pueden proferirse recíprocamente, ciertamente habría que concluir que el primer párrafo del art. 171.4 CP lesiona el art. 14 CE. Pero si se advierte que lo sancionado es el sexismo machista (cuando se traduce en la amenaza intimidante) es cuando se comprende que estamos ante un delito

especial que sólo puede ser cometido por el varón y del cual sólo puede ser víctima la mujer. En este sentido, no me parece que lesionara el principio de igualdad que el legislador configurase círculos concéntricos de protección (sexismo violento o intimidatorio contra cualquier mujer, en el ámbito familiar o doméstico y contra la pareja) puesto que los efectos de la acción punible se prolongan e irradian con diferente intensidad en cada uno de estos ámbitos.

Sin embargo, lo que a mi juicio resulta incompatible con el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) es la presunción adversa de que toda amenaza proferida por un varón contra su pareja o ex pareja sea siempre una manifestación de sexismo que deba poner en actuación la tutela penal reforzada del art. 171.4 CP.

Esta cuestión capital sólo obtiene una respuesta elusiva en la Sentencia, cual es que “el legislador no presume un mayor desvalor en la conducta descrita de los varones (...) lo que hace el legislador (...) es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas en relación con la que tipifica el apartado siguiente” (FJ 4.B). Obsérvese que, para la Sentencia, no es el Juez quien en cada caso debe apreciar el desvalor o constatar la lesividad de la conducta, sino que es el legislador quien lo ha hecho ya. Lo cierto es que una lectura atenta o repetida de la Sentencia pone de manifiesto que, desde la perspectiva de la misma, el art. 171.4 CP contiene una definición de violencia de género que parte de entender, como dato objetivo, que los actos de intimidación que ejerce el hombre sobre la mujer con ocasión de una relación afectiva de pareja constituyen siempre actos de poder y superioridad frente a ella, con independencia de cuál sea la motivación o la intencionalidad del agresor, porque lo relevante es que el autor inserta su conducta en una pauta cultural (FJ 4), lo que implica un especial desvalor de la acción, que justifica la punición agravada. En realidad, para la Sentencia, aunque formalmente lo niegue, el autor del referido delito debe ser sancionado con arreglo al plus de culpa derivado de la situación discriminatoria creada por las generaciones de varones que le precedieron, de cuyas consecuencias penales no puede desprenderse aun cuando la amenaza que profirió obedezca a motivos distintos o aunque su concreta relación de pareja no se ajuste al patrón sexista que se trata de erradicar.

A mi juicio, esta presunción es incompatible con los principios del Derecho penal moderno, que ha desarrollado criterios de atribución de responsabilidad “concretos”, por el hecho propio y no por hechos ajenos. Entiendo que el principio de culpabilidad resulta infringido cuando indiscriminadamente se aplica el referido art. 171.4 CP a acciones que tengan su origen en otras posibles causas y, lo que es más grave, sin que conlleve la necesidad de probar que se ha actuado abusando de esa situación de dominación.

##### *5. La posición jurídica de la mujer como sujeto pasivo del delito tipificado en el art. 171.4 CP.*

La Sentencia, quizá sin quererlo, se suma a un superado Derecho penal paternalista que promueve una concepción de la mujer como “sujeto vulnerable” que, por el solo hecho de iniciar una relación afectiva con un varón, incluso sin convivencia, se sitúa en una

posición subordinada que requiere de una específica tutela penal, equiparada a la que el mismo art. 171.4 CP dispensa a toda “persona especialmente vulnerable”. Este enfoque resulta inaceptable en la sociedad actual, que no admite el viejo rol de la mujer como “sexo débil” que históricamente le colocaba en una posición equivalente a la de los menores e incapaces, de quienes se presume una posición de debilidad sin posibilidad de prueba en contrario. Esta perspectiva resulta contraria al art. 10.1 de la Constitución, que consagra la dignidad de la persona como uno de los fundamentos de nuestro sistema constitucional y cuya noción se halla en la base del concepto de derechos fundamentales (STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 4), debiéndose recordar que la dignidad de la persona, que encabeza el título I de la Constitución, constituye un primer límite a la libertad del legislador (STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 3).

No en vano todas las reformas penales realizadas desde la década de los años ochenta han procurado la apertura de los tipos penales a modalidades de comisión en las que el sexo de los sujetos no fuera relevante. Así, desde la reforma penal de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, no existe la agravante de “*desprecio de sexo*”, justificándose su eliminación durante los debates parlamentarios de abril de 1983 en la necesidad de “acabar con el mito de la debilidad de la mujer” porque hombres y mujeres nacen y viven radicalmente iguales en derechos, como proclama el art. 14 de nuestra Constitución y, como creo, es norma esencial - diría que de “*orden público*” - en cualquier ámbito de nuestro ordenamiento jurídico. Al tiempo, resulta profundamente injusto considerar que todas las mujeres tienen el mismo riesgo de opresión, como si sólo el sexo incidiera en el origen del maltrato, cuando lo cierto es que las condiciones socio-económicas desempeñan un papel que la Sentencia silencia.

6. Expreso, por último, mi deseo de que estas Sentencias no marquen el inicio en nuestro ordenamiento del cumplimiento del sueño de Mezger: dos Derechos penales; un Derecho penal para la generalidad, en el que, en esencia, seguirán vigentes los principios que han regido hasta ahora. Y, junto a él, un Derecho penal completamente diferente, para grupos especiales de determinadas personas.

Dejo constancia de mi posición en este Voto.

En Madrid, a 19 de febrero de 2009.

**VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas respecto de la Sentencia de fecha 19 de febrero de 2009, dictada en las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas núms. 5983-2005, 8295-2006, 9765-2006, 954-2007, 1264-2007, 2083-2007, 3088-2007, 6968-2007, 7616-2007, 8972-2007, 52-2008 y 2315-2008, planteadas, la primera, por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Murcia y, las demás, por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia, 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 la STC 59/2008, de 14 de mayo, respecto de la que en su día también discrepé con formulación de voto particular, 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 la precedente, 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 diecinueve de febrero de dos mil nueve.