

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 todo maltrato ocasional cometido 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. 153.1 CP. 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. 153.1 CP a acciones que tengan su origen en otras posibles causas y, lo que es más grave, sin que se exija la necesidad de probar que se ha actuado abusando de esa situación de dominación.

d) 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 segundo inciso del art. 153.1 CP dispensa a toda «persona especialmente vulnerable». 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.

e) Estimo también que la Sentencia se adentra en el ámbito propio de la jurisdicción ordinaria cuando realiza afirmaciones innecesarias y discutibles acerca del sujeto activo del delito tipificado en el precepto cuestionado. Resulta impropio el esfuerzo de la Sentencia en buscar una supuesta autoría femenina para el primer inciso del art. 153.1 CP, por cuanto significa avalar o propiciar una aplicación extensiva *in malam partem* de la norma punitiva.

Madrid, a diecisiete de julio de dos mil ocho.—Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas, respecto a la Sentencia del Pleno de fecha 17 de julio de 2008 dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6660-2005 y acumuladas

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

Parto de la base de que la cuestión planteada ante este Tribunal por la Magistrada Juez de lo Penal núm. 2 de Toledo, 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, está formulada con gran rigor jurídico y asentada en sólidos argumentos, hasta el punto de que si la interpretación del precepto, que se hace razonablemente en el correspondiente Auto, fuera la única posible, conduciría inexorablemente a la declaración de inconstitucionalidad; conclusión a la que también llega la Sentencia de la mayoría en el FJ 4.

Discrepo abiertamente del fallo de la Sentencia en cuanto a la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6660-2005 y acumuladas, en sentido contrario, remitiéndome al Voto particular que formulé en la cuestión de inconstitucionalidad 5939-2005.

Madrid, a diecisiete de julio de dos mil ocho.—Ramón Rodríguez Arribas.—Firmado y rubricado.

14025 *Pleno. Sentencia 81/2008, de 17 de julio de 2008. Cuestión de inconstitucionalidad 8202/2005 y 31 más (acumuladas). Planteadas por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete respecto al artículo 153.1 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.*

Supuesta vulneración de los principios de igualdad y de culpabilidad: STC 59/2008 (trato penal diferente en el delito de maltrato familiar ocasional). Votos particulares.

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

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas núms. 8202-2005, 8992-2005, 768-2006, 4574-2006, 4575-2006, 4998-2006, 6035-2006, 6438-2006, 7229-2006, 8199-2006, 8261-2006, 8966-2006, 10596-2006, 10661-2006, 47-2007, 1218-2007, 1219-2007, 2922-2007, 4616-2007, 4763-2007, 4815-2007, 5924-2007, 5925-2007, 6360-2007, 6662-2007, 6663-2007, 8622-2007, 9318-2007, 9368-2007, 9423-2007, 9424-2007 y 1037-2008, planteadas por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete, respecto al primer inciso del art. 153.1 del Código penal en la redacción dada al mismo por el art. 37 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 Javier Delgado Barrio, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El día 17 de noviembre de 2005 tiene entrada en el Registro General de este Tribunal, con el núm. 8202-2005, escrito del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete al que se acompaña, junto al testimonio del correspondiente procedimiento (juicio rápido 377-2005), el Auto del referido Juzgado de 19 de octubre de 2005 en el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto al art. 153.1 del Código penal por su posible contradicción con los arts. 1.1, 9.2, 10.1, 14, 17, 24.2 y 25.1 de la Constitución.

Este mismo planteamiento lo realiza el mismo Juzgado en otros procedimientos, con los siguientes números de registro y Autos de cuestionamiento: 8992-2005, Auto de 11 de noviembre de 2005 (juicio rápido 431-2005); 768-2006, Auto de 5 de diciembre de 2005 (juicio rápido 465-2005); 4574-2006, Auto de 9 de febrero de 2006 (juicio rápido 12-2006); 4575-2006, Auto de 14 de febrero de 2006 (juicio rápido 2-2006); 4998-2006, Auto de 22 de marzo de 2006 (procedimiento abreviado 569-2005); 6035-2006, Auto de 24 de marzo de 2006 (procedimiento abreviado 56-2006); 6438-2006, Auto de 17 de abril de 2006 (juicio rápido 131-2006); 7229-2006, Auto de 24 de marzo de 2006 (procedimiento abreviado 55-2006); 8199-2006, Auto de 8

de junio de 2006 (procedimiento abreviado 198-2006); 8261-2006, Auto de 28 de julio de 2006 (juicio rápido 332-2006); 8966-2006, Auto de 28 de julio de 2006 (procedimiento abreviado 161-2006); 10596-2006, Auto de 19 de octubre de 2006 (juicio rápido 387-2006); 10661-2006, Auto de 30 de octubre de 2006 (juicio rápido 430-2006); 47-2007, Auto de 20 de diciembre de 2006 (procedimiento abreviado 303-2006); 1218-2007, Auto de 18 de septiembre de 2006 (juicio rápido 409-2006); 1219-2007, Auto de 2 de enero de 2007 (procedimiento abreviado 351-2006); 2922-2007, Auto de 15 de marzo de 2007 (juicio rápido 81-2007); 4616-2007, Auto de 30 de abril de 2007 (procedimiento abreviado 406-2006); 4763-2007, Auto de 23 de abril de 2007 (juicio rápido 165-2007); 4815-2007, Auto de 2 de mayo de 2006 (procedimiento abreviado 413-2006); 5924-2007, Auto de 5 de junio de 2007 (juicio rápido 295-2007); 5925-2007, Auto de 4 de junio de 2007 (procedimiento abreviado 443-2006); 6360-2007, Auto de 29 de junio de 2007 (juicio rápido 215-2007); 6662-2007, Auto de 13 de julio de 2007 (procedimiento abreviado 347-2007); 6663-2007, Auto de 2 de julio de 2007 (juicio rápido 375-2007); 8622-2007, Auto de 18 de octubre de 2007 (juicio rápido 497-2007); 9318-2007, Auto de 12 de noviembre de 2007 (juicio rápido 555-2007); 9368-2007, Auto de 2 de noviembre de 2007 (juicio rápido 578-2007); 9423-2007, Auto de 12 de noviembre de 2007 (procedimiento abreviado 20-2007); 9424-2007, Auto de 2 de noviembre de 2007 (juicio rápido 518-2007) y 1037-2008, Auto de 23 de enero de 2008 (juicio rápido 717-2007).

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 del art. 153.1 CP por posible vulneración de los arts. 1.1, 9.2, 10.1, 14, 17, 24.2 y 25.1 CE.

3. El Auto de planteamiento parte de una interpretación del inciso cuestionado en la que el sujeto activo ha de ser necesariamente un varón y en la que la pena del mismo que se diferencia en sentido agravatorio no sólo es la de prisión, sino también la de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento. Tras una introducción acerca de la evolución del precepto, el Juzgado divide sus dudas de constitucionalidad en cuatro bloques. En el apartado final del Auto se sostiene que no cabe una interpretación conforme a la Constitución «como posible límite de la duda de inconstitucionalidad».

a) Plantea en primer lugar la posible contradicción del precepto con «el principio de igualdad, conectado con los valores de la libertad, la dignidad de la persona y justicia (arts. 1.1, 10.1 y 14 CE)». Considera que aquel supone una acción positiva que supone «la discriminación negativa del varón». Esta acción se inserta además en un «Derecho penal de autor frente al tradicional Derecho penal del hecho»; presume, a partir de la dicción del art. 1.1 Ley Orgánica 1/2004, el «ejercicio de violencia de género por parte de los hombres hacia sus parejas con base en meros criterios estadísticos»; atribuye más valor a los bienes «integridad física o psíquica» y «libertad» de las mujeres que a los mismos bienes de los hombres; y compromete doblemente la dignidad humana: la del hombre, «al que se configura como maltratador nato», y a la de la mujer, «a quien se reputa en todo caso especialmente vulnerable».

b) Considera también el Auto que podrían resultar vulnerados el derecho a la presunción de inocencia y el principio de culpabilidad (art. 24.2 CE), por la presunción de que la violencia del varón hacia la mujer que es o fue su pareja constituye una manifestación de discriminación.

c) El precepto se refiere a las «personas especialmente vulnerables», concepto jurídico indeterminado que se opone al concepto de *lex certa* y con ello al principio de legalidad (art. 25.1 CE). «Igualmente ha de mencionarse la inconcreción ... en orden a la determinación del mínimo de la pena de inhabilitación».

d) La última vulneración descrita como posible se refiere al art. 9 CE («Promoción por los poderes públicos de las condiciones para la libertad, la igualdad y seguridad jurídica. Interdicción de la arbitrariedad»): la promoción de las condiciones para la igualdad no era posible a través de la pena y ha conducido por exceso a una discriminación negativa, pues no se partía en este caso de una situación de desigualdad ante la ley.

4. Este Tribunal acuerda, mediante las providencias respectivas, admitir a trámite las cuestiones que sobre la constitucionalidad del art. 153.1 CP ha planteado el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete, 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.

5. 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.

6. El Presidente del Congreso de los Diputados comunica en los distintos procedimientos los Acuerdos de la Mesa de la Cámara relativos a la personación, 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 sus escritos de alegaciones la desestimación de todas las cuestiones.

En relación con el cuestionamiento del art. 153.1 CP desde el art. 14 CE entiende que, «aunque el precepto se inspira esencialmente en la protección de la mujer en el ámbito del matrimonio o relación afín, no es reconducible al esquema simplista que propone el Auto, colocando en exclusividad a los sexos en el lado activo o en el pasivo del delito. Sólo la fragmentación –en definitiva mutilación– del texto puede llevar a tal consecuencia». Así, el precepto incluye también como sujeto pasivo a las personas especialmente vulnerables, que pueden serlo de cualquier sexo, sin que la persona que comete esta agresión contra el vulnerable pueda tampoco identificarse por el sexo. «Acaso no sea difícil comprender también que una interpretación conjunta de esos dos términos permite una interacción recíproca entre ambos. Así, la especial vulnerabilidad, alineada con la condición femenina no parece que se haya de limitar a personas impedidas o indefensas, sino a cualesquiera que por cualquier causa, incluso ocasional, permita apreciar una mayor vulnerabilidad relativa con el agresor. Y a la inversa, estimar que no siempre la condición femenina arrastra fatalmente ese rasgo de vulnerabilidad que en última instancia justifica la inspiración protectora del precepto. Lo que la ley penal persigue evitar –según la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2004– es esa actuación discriminatoria frente a las mujeres por el hecho de serlo».

Considera el Abogado del Estado, en segundo lugar, que el art. 153.1 CP «ni prescinde de la culpa, ni permite presumirla en modo alguno» y que «lo que el Juzgado proponente estima como materia de presunción no es

sino la valoración del legislador» a la hora de diseñar el tipo penal. El legislador considera que «la violencia doméstica ejercida sobre las mujeres –... también sobre otras personas especialmente vulnerables– es manifestación de una actitud discriminatoria... A partir de esa valoración construye los tipos penales, pero sin exigir como elemento del tipo la actuación discriminatoria misma».

Tras afirmar, en tercer lugar, que la argumentación es imprecisa en lo que hace a la indeterminación del tipo, añade, en lo que atañe a la alusión a la dignidad de la persona, que «ni el legislador menosprecia a la mujer por considerarla más vulnerable, ni envilece al sexo masculino, tachándolo de maltratador u opresor de la mujer».

El último apartado del Auto, en fin, expresa el «rechazo a lo que llama discriminación positiva en el ámbito penal», rechazo que, de nuevo, «descansa en esa inexacta colocación del sexo masculino en el lado activo del tipo delictivo y a la mujer en el lado pasivo».

8. En sus escritos de alegaciones en los correspondientes procedimientos el Fiscal General del Estado concluye que la norma cuestionada no vulnera el derecho a la igualdad.

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 la carencia de una justificación objetiva y razonable para afrontar este tipo de violencia. Constata 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 delictiva 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, con la previsión de una pena alternativa de trabajos en beneficio de la comunidad, de un tipo agravado y de un tipo atenuado, el legislador ha dispuesto una pluralidad de respuestas punitivas para que los órganos judiciales puedan adaptar la respuesta penal a las circunstancias concurrentes, y entre ellas a la de la «incidencia real que en el caso concreto haya tenido el desconocimiento del derecho a la igualdad de la víctima ... De todo ello fluye que al configurar la figura agravada de que se trata el legislador ha atendido a elementos diferenciadores ... como una causa criminógena de innegable magnitud y que por implicar un desvalor añadido a las conductas de que se trata afectan a bienes constitucionales de la máxima relevancia, constituyendo uno de los fenómenos de mayor gravedad en el momento actual, sin que por ello la opción legislativa de agravamiento de la pena en tales supuestos pueda merecer el reproche de atentar contra el derecho a la igualdad, pues la toma en consideración del tipo de relaciones de que se trata y del sexo de los que las mantienen o las han mantenido, viene dada precisamente en la causa de que se produzcan ataques a bienes y derechos

constitucionales de innegable trascendencia». Además, el legislador ha 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, «por lo que las consecuencias de la disparidad normativa no aparecen ... carentes de proporcionalidad, lo que no es cuestionado por la Magistrada proponente, que tilda de inocuas las mismas».

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 puedan alegar lo que estimen conveniente en torno a la acumulación a la cuestión de inconstitucionalidad 8202-2005 las seguidas con los números 8992-2005, 768-2006, 4574-2006, 4575-2006, 4998-2006, 6035-2006, 6438-2006, 7229-2006, 8199-2006, 8261-2006, 8966-2006, 10596-2006, 10661-2006, 47-2007, 1218-2007, 1219-2007, 2922-2007, 4616-2007, 4763-2007, 4815-2007, 5924-2007, 5925-2007, 6360-2007, 6662-2007, 6663-2007, 8622-2007, 9318-2007, 9368-2007, 9423-2007, 9424-2007 y 1037-2008. Tanto Abogado del Estado como el Fiscal General del Estado interesan la acumulación, que se acuerda mediante Auto de 1 de julio de 2008.

10. Mediante providencia de 14 de julio de 2008 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 17 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. A través de treinta y dos Autos de cuestionamiento, el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete considera que el inciso primero del art. 153.1 del Código penal (CP), en su vigente redacción, dada por el art. 37 de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, puede ser contrario a los principios de igualdad (con infracción de los arts. 1.1, 10.1 y 14 CE), de culpabilidad y de presunción de inocencia (art. 24.2 CE), y de legalidad penal (art. 25.1 CE). Asimismo el precepto cuestionado podría oponerse al mandato a los poderes públicos de promoción de las condiciones para que la libertad y la igualdad sea reales y efectivas, e incurrir en arbitrariedad. El Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado niegan estas vulneraciones e interesan la desestimación íntegra de las cuestiones.

2. La cuarta duda del Auto de planteamiento, relativa al mandato de determinación como manifestación del principio de legalidad penal, se refiere en primer lugar a la expresión «persona especialmente vulnerable». Como esta expresión conforma un inciso del precepto cuestionado del que no se hace juicio alguno de aplicabilidad ni de relevancia y que queda incluso excluido formalmente del cuestionamiento, expresamente dirigido al «inciso primero» del art. 153.1 CE, la duda debe ser inadmitida porque no consta la relevancia que para la resolución del proceso presenta la norma cuestionada.

La misma duda de indeterminación (art. 25.1 CE), ahora referida al lapso («hasta cinco años») en que puede imponerse la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, «cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz», debe ser desestimada. No se entiende, ni nada se alega al respecto, en qué consiste la indeterminación de un marco penal que tiene un mínimo, consistente en la falta de imposición de la pena, y un máximo, concretado en cinco años.

Si se tiene en cuenta asimismo que la cuarta duda del Auto, atinente a la vulneración del art. 9.2 CE, no refiere propiamente en su primera parte tal vulneración, sino

simplemente que el precepto que el Juzgado entiende desigualitario no puede encontrar amparo en el mismo, y que su segunda parte alega que tal desigualdad podría ser arbitraria, nos encontramos en realidad ante dos dudas centrales de constitucionalidad: si estamos ante 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, y si existe una presunción contraria al principio de culpabilidad consistente en que las agresiones de los hombres a las mujeres que son o fueron su pareja constituyen una manifestación de discriminación.

Ambas dudas tienen ya respuesta en la STC 59/2008, de 14 de mayo, a la que procede remitirse y cuya argumentación básica pasamos a resumir.

3. La STC 59/2008 toma como punto de partida la exclusividad del legislador para el diseño de la política criminal y la amplia libertad de que goza para el mismo. Es por ello por lo que el actual juicio de constitucionalidad no lo es de eficacia o de bondad: «Sólo nos compete enjuiciar si se han respetado los límites externos que el principio de igualdad impone desde la Constitución a la intervención legislativa» (FJ 6). Los límites ahora pertinentes son los propios del principio general de igualdad y no los de 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» (FJ 7).

A partir de la perspectiva que demarca el principio general de igualdad la constitucionalidad de la norma pasa, según nuestra consolidada doctrina al respecto, 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. Y, a partir 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, constatamos que, «tanto 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 razonabilidad de la diferenciación se refiere a su funcionalidad para la legítima finalidad perseguida, que se producirá si resulta a su vez 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).

Y, como afirmamos en la STC 59/2008, «no 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, cabe 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) A la vista de su poca entidad –tres meses de privación de libertad en el límite inferior de la pena y una pena potestativa de inhabilitación que en el art. 153.1 CP es superior en dos años en su límite máximo, pero inferior en seis meses en su límite mínimo–, tampoco cabe apreciar que la diferencia de penas de las normas comparadas entrañe una desproporción que conduzca por esta vía a la inconstitucionalidad ex principio de igualdad del artículo cuestionado, máxime si se repara en que esta pena de prisión diferenciada en su límite mínimo es alternativa a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, igual en ambos tipos, y en que el art. 153.4 CP incorpora como opción de adaptación judicial de la pena a las peculiaridades del caso el que la pena del art. 153.1 CP pueda rebajarse en un grado «en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho», en previsión ciertamente aplicable también al art. 153.2 CP.

No sobra señalar, en fin, en esta valoración constitucional de las diferentes consecuencias de los supuestos diferenciados, que el inciso segundo del art. 153.1 CP impone la misma pena cuando el destinatario de la agresión sea «persona especialmente vulnerable que conviva con el autor», con lo que se equiparan punitivamente a las agresiones del varón hacia quien es o fue su pareja femenina ciertas otras agresiones 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.

4. En relación con la segunda duda, atinente al principio de culpabilidad, procede recordar que «el legislador no presume un mayor desvalor en la conducta descrita de los varones ... a través de la presunción de algún rasgo que aumente la antijuridicidad de la conducta o la culpabilidad de su agente. Lo que hace el legislador, y lo justifica razonablemente, es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas en relación con la que tipifica el apartado siguiente». No hay, por otra parte, sanción por hechos de otros: «que en los casos cuestionados ... el legislador haya apreciado razonablemente un desvalor añadido, porque el autor inserta su conducta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas y porque dota así a su acción de

una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa, no comporta que se esté sancionado al sujeto activo de la conducta por las agresiones cometidas por otros cónyuges varones, sino por el especial desvalor de su propia y personal conducta: por la consciente inserción de aquélla en una concreta estructura social a la que, además, él mismo, y solo él, coadyuva con su violenta acción» (FJ 11).

5. En el marco de la argumentación de la duda de igualdad, alude también el Auto de cuestionamiento a la posible oposición del art. 153.1 CP al valor de la dignidad de la persona en cuanto que presumiría que «la mujer es en cualquier caso persona especialmente vulnerable» y el hombre «un maltratador nato».

Tampoco puede ser acogida esta objeción de constitucionalidad porque no cabe acoger su presupuesto. El precepto cuestionado no cataloga a la mujer como persona especialmente vulnerable, ni presume que lo sea. Y tampoco contiene consideración alguna acerca de la mayor agresividad de los hombres o de ciertos hombres. Procede, simple y no irrazonablemente, a apreciar la especial gravedad de ciertos hechos «a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad» (STC 59/2008, FJ 9).

FALLO

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

Ha decidido

Inadmitir, por incumplir las condiciones procesales exigidas por los arts. 163 CE y 35 LOTC (art. 37.1 LOTC), las cuestiones de inconstitucionalidad núms. 8202-2005, 8992-2005, 768-2006, 4574-2006, 4575-2006, 4998-2006, 6035-2006, 6438-2006, 7229-2006, 8199-2006, 8261-2006, 8966-2006, 10596-2006, 10661-2006, 47-2007, 1218-2007, 1219-2007, 2922-2007, 4616-2007, 4763-2007, 4815-2007, 5924-2007, 5925-2007, 6360-2007, 6662-2007, 6663-2007, 8622-2007, 9318-2007, 9368-2007, 9423-2007, 9424-2007 y 1037-2008, en lo que se refieren a la posible vulneración del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) de la expresión «persona especialmente vulnerable».

Desestimar las cuestiones en todo lo demás.

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

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

Voto particular que formula el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas respecto de la Sentencia de fecha 17 de julio de 2008, dictada en las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas núms. 8202-2005, 8992-2005, 768-2006, 4574-2006, 4575-2006, 4998-2006, 6035-2006, 6438-2006, 7229-2006, 8199-2006, 8261-2006, 8966-2006, 10596-2006, 10661-2006, 47-2007, 1218-2007, 1219-2007, 2922-2007, 4616-2007, 4763-2007, 4815-2007, 5924-2007, 5925-2007, 6360-2007, 6662-2007, 6663-2007, 8622-2007, 9318-2007, 9368-2007, 9423-2007, 9424-2007 y 1037-2008, planteadas por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete, respecto al primer inciso del art. 153.1 del Código penal en la redacción dada al mismo por el art. 37 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 Sentencia consiste en la explícita aplicación a las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas de la precedente STC 59/2008, de 14 de mayo, respecto de la que formulé Voto particular disidente, en coherencia con el mismo, ejercitando la facultad establecida en el art. 90.2 LOTC, reitero respecto a la actual la misma disidencia, remitiéndome a los argumentos del referido Voto, y todo ello proclamando mi respeto por la tesis de los Magistrados de cuyo criterio discrepo.

Madrid, a diecisiete de julio de dos mil ocho.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Javier Delgado Barrio respecto de la Sentencia de 17 de julio de 2008, dictada en las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas núms. 8202-2005, 8992-2005, 768-2006, 4574-2006, 4575-2006, 4998-2006, 6035-2006, 6438-2006, 7229-2006, 8199-2006, 8261-2006, 8966-2006, 10596-2006, 10661-2006, 47-2007, 1218-2007, 1219-2007, 2922-2007, 4616-2007, 4763-2007, 4815-2007, 5924-2007, 5925-2007, 6360-2007, 6662-2007, 6663-2007, 8622-2007, 9318-2007, 9368-2007, 9423-2007, 9424-2007 y 1037-2008

La indicada Sentencia reitera la doctrina sentada en la STC 59/2008, de 14 de mayo, dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5939-2005, por lo que, puesto que mantengo mi discrepancia, me remito al Voto particular que formulé respecto de esta última.

Y este es mi parecer, del que dejo constancia con el máximo respeto a mis compañeros.

Madrid, a diecisiete de julio de dos mil ocho.—Javier Delgado Barrio.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez a la Sentencia del Pleno que resuelve las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas núms. 8202-2005, 8992-2005, 768-2006, 4574-2006, 4575-2006, 4998-2006, 6035-2006, 6438-2006, 7229-2006, 8199-2006, 8261-2006, 8966-2006, 10596-2006, 10661-2006, 47-2007, 1218-2007, 1219-2007, 2922-2007, 4616-2007, 4763-2007, 4815-2007, 5924-2007, 5925-2007, 6360-2007, 6662-2007, 6663-2007, 8622-2007, 9318-2007, 9368-2007, 9423-2007, 9424-2007 y 1037-2008, sobre el art. 153.1 del código penal, en la redacción dada por la ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre

Haciendo uso de la facultad atribuida por el art. 90.2 LOTC expreso en este Voto particular mi discrepancia respecto de la fundamentación jurídica y la parte dispositiva de la Sentencia aprobada por el Pleno, que reitera la doctrina fijada en la STC 59/2008, de 14 de mayo, a la que formulé Voto particular.

Sostuve entonces, y ahora lo reitero, la constitucionalidad de las medidas penales que proporcionen un tratamiento diferenciado y agravado de la violencia de género. Pero mi discrepancia con la Sentencia se centra en cinco aspectos, desarrollados en el Voto particular al que me remito (BOE de 4 de junio de 2008), que ahora sintetizo:

a) La 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.

b) La Sentencia, pese a su carácter interpretativo (FJ 4 ab initio), no cumple la función propia de esta clase de sentencias, incurriendo en una ambigüedad inaceptable,

puesto que no delimita cuál es la interpretación incompatible con la Constitución, ni expone las razones por las que llega a tal conclusión, ni lo refleja en el fallo, ni tan siquiera concreta si son todos o alguno de los preceptos constitucionales invocados los que vedan la interpretación que tan apodícticamente se estigmatiza.

c) Si lo que hubiera que someter a comparación fuera el mero maltrato que hombre y mujer pudieran infringirse recíprocamente, ciertamente habría que concluir que el primer inciso del art. 153.1 CP lesiona el art. 14 CE. Pero si se advierte que lo sancionado es el sexismo machista (cuando se traduce en maltrato ocasional) 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 el art. 153.1 CP lesione el principio de igualdad. 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 todo maltrato ocasional cometido 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. 153.1 CP. 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. 153.1 CP a acciones que tengan su origen en otras posibles causas y, lo que es más grave, sin que se exija la necesidad de probar que se ha actuado abusando de esa situación de dominación.

d) 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 segundo inciso del art. 153.1 CP dispensa a toda «persona especialmente vulnerable». 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.

e) Estimo también que la Sentencia se adentra en el ámbito propio de la jurisdicción ordinaria cuando realiza afirmaciones innecesarias y discutibles acerca del sujeto activo del delito tipificado en el precepto cuestionado. Resulta improcedente el esfuerzo de la Sentencia en buscar una supuesta autoría femenina para el primer inciso del art. 153.1 CP, por cuanto significa avalar o propiciar una aplicación extensiva *in malam partem* de la norma punitiva.

Madrid, a diecisiete de julio de dos mil ocho.—Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas, respecto a la Sentencia del Pleno de fecha 17 de julio de 2008 dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 8202-2005 y acumuladas

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

Parto de la base de que la cuestión planteada ante este Tribunal por la Magistrada Juez de lo Penal núm. 2 de Albacete, 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, está formu-

lada con gran rigor jurídico y asentada en sólidos argumentos, hasta el punto de que si la interpretación del precepto, que se hace razonablemente en el correspondiente Auto, fuera la única posible, conduciría inexorablemente a la declaración de inconstitucionalidad; conclusión a la que también llega la Sentencia de la mayoría en el FJ 4.

Discrepo abiertamente del fallo de la Sentencia en cuanto a la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad núm. 8202-2005 y acumuladas, en sentido contrario, remitiéndome al Voto particular que formulé en la cuestión de inconstitucionalidad 5939-2005.

Madrid, a diecisiete de julio de dos mil ocho.—Ramón Rodríguez Arribas.—Firmado y rubricado.

14026 *Pleno. Sentencia 82/2008, de 17 de julio de 2008. Cuestión de inconstitucionalidad 9579-2005 y 7 más (acumuladas). Planteadas por el Juzgado de Instrucción núm. 7 de Alcalá de Henares respecto al artículo 153.1 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.*

Supuesta vulneración del principio de igualdad: STC 59/2008 (trato penal diferente en el delito de maltrato familiar ocasional). Votos particulares.

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

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas núms. 9579-2005, 2213-2006, 2495-2006, 2496-2006, 2684-2006, 3442-2006, 4654-2006 y 9592-2006, planteadas por el Juzgado de Instrucción núm. 7 de Alcalá de Henares, respecto al art. 153.1 del Código penal en la redacción dada al mismo por el art. 37 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Han comparecido el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente la Magistrada doña Elisa Pérez Vera, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El día 28 de diciembre de 2005 tiene entrada en el Registro General de este Tribunal, con el núm. 9579-2005, un escrito del Juzgado de Instrucción núm. 7 de Alcalá de Henares al que se acompaña, junto al testimonio del correspondiente procedimiento (juicio rápido 45-2005), el Auto del referido Juzgado de 30 de noviembre de 2005 en el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto al art. 153.1 CP por su posible contradicción con los arts. 1, 10 y 14 CE.