

Suplemento

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

13755 *Pleno. Sentencia 177/2009, de 21 de julio de 2009. Cuestión de inconstitucionalidad 9266-2005. Planteada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Santa Coloma de Farners respecto al artículo 171.4 y 6 del Código penal en la redacción de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Supuesta vulneración del principio de igualdad: SSTC 59/2008 y 45/2009 (trato penal diferente en el delito de amenazas leves). Votos particulares.*

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, 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 la cuestión de inconstitucionalidad núm. 9266-2005, planteada por el Juez de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Santa Coloma de Farners en funciones de sustitución de la titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2, respecto al art. 171.4 y 6 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 Pascual Sala Sánchez, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El día 20 de diciembre de 2005 tiene entrada en este Tribunal con el núm. 9266-2005, un escrito de la Secretaría del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Santa Coloma de Farners, al que se acompaña, junto al testimonio del correspondiente procedimiento, el Auto del referido Juzgado de 14 de octubre de 2005 en el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto al art. 171.4 y 6 del Código penal por su posible contradicción con los arts. 1.1, 9.3, 10.1, 14, 15, 17, 24.1 y 25.1 CE.

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

a) Con fecha 25 de agosto de 2005, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Santa Coloma de Farners dictó Auto acordando la incoación de diligencias urgentes núm. 50-2005, al apreciar que los hechos referidos en el atestado policial reunían, en principio, las circunstancias mencionadas en el art. 795 LECrim.

b) Ese mismo día, el Juzgado celebró la comparecencia prevista en el art. 798 LECrim, en la que se dictó Auto acordando continuar la tramitación de las diligencias por los trámites establecidos en los arts. 800 y 801 LECrim, procediendo seguidamente a dar traslado al Fiscal y partes personadas para que se pronunciaran sobre si procedía la apertura del juicio oral o el sobreseimiento. Acto seguido, el Fiscal solicitó la apertura del juicio oral. Por el Juez se procedió seguidamente a dictar Auto de apertura del juicio oral,

por delito de amenazas previsto en el art. 171.4 CP, así como a emplazar al Ministerio Fiscal para que presentara escrito de acusación.

c) Por el Ministerio Fiscal se formuló en el mismo acto escrito de acusación por unos hechos que fueron calificados como un delito de amenazas previsto y penado en el art. 171.4 y 6 CP, solicitando la imposición al acusado de una pena de tres meses de prisión e inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y un año de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, junto con la prohibición de aproximarse a la víctima, a una distancia inferior a cien metros durante un período de un año. Por la defensa se manifestó la conformidad con el escrito de acusación del Ministerio Fiscal y se solicitó que se dictara Sentencia en tal sentido.

d) A continuación se hace constar en el acta: «[s]e indica por S.S.^a que se planteará la cuestión de inconstitucionalidad en virtud de las dudas de constitucionalidad del art. 171.4 CP en relación con el art. 14 de la Constitución Española en virtud del art. 35 de la LOTC se otorga un plazo de 10 días a la parte defensora y Ministerio Fiscal para que manifiesten lo oportuno. Tras lo cual, sin dictar Sentencia a la espera de dicha resolución, se levanta la sesión.»

e) Por la defensa del acusado se formularon alegaciones en fecha 6 de septiembre de 2005, considerando que el art. 171.4 CP en su nueva redacción dada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, infringía los arts. 10, 14, 17 y 1.1 de la Constitución.

f) Por el Ministerio Fiscal se evacuó informe en fecha 11 de octubre de 2005, en el que tras indicar que no le procedía valorar la constitucionalidad o no de la norma cuestionada, manifestaba que el incidente se había suscitado en el momento procesalmente oportuno, identificando correctamente la norma cuestionada y el precepto constitucional infringido, habiendo dado cumplimiento al emplazamiento previsto en el art. 35 LOTC en forma procesalmente correcta, dependiendo el fallo de la norma cuestionada, consideraba justificada la necesidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

g) Finalmente, la cuestión de inconstitucionalidad fue promovida mediante Auto de 14 de octubre de 2005.

3. El Auto de planteamiento cuestiona el apartado 4 del art. 171 CP, y el apartado 6 del mismo precepto en cuanto es un subtipo privilegiado del anterior. Tales preceptos, desde la perspectiva del juzgador proponente, infringirían los arts. 1.1 y 14 de la Constitución en lo concerniente al principio de igualdad, los arts. 1.1, 10.1, 15, 24.1 y 25.1 de la Constitución, respecto al principio de culpabilidad y, por último, los arts. 1.1, 9.3, 10.1 y 17 relativos a la proporcionalidad de la pena.

a) Tras exponer los antecedentes del procedimiento y lo que denomina requisitos de la cuestión de inconstitucionalidad, examina el contenido del principio de igualdad, y expone los que a su juicio han sido modelos definitorios de los roles sociales del varón y la mujer. De un primer modelo de dependencia de la mujer frente al hombre previo a la Constitución, se pasó a un modelo que pretendía la independencia de la mujer y su equiparación al hombre, para luego instaurarse un modelo que propugna «una igualdad en la diferencia» que crea los conceptos de «acción positiva» y «discriminación positiva». Considera que la Ley Orgánica 1/2004 crea figuras de discriminación negativas en que prima el factor «represivo negativo» o lo que es lo mismo «la igualdad por la vía del palo», configurando un nuevo modelo que no es resultado de las necesidades sociales sino que «se trataría de una imposición por el Estado-Policía». A continuación expone la doctrina del Tribunal Constitucional referente a la igualdad proclamada en el art. 14 CE, y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas relativa a la no discriminación por razón de sexo. Indica que el art. 171.4 CP establece una diferencia en el proceso de determinación de la pena en función del sexo del autor del delito, en tanto que solo puede ser sujeto activo del delito un hombre y víctima una mujer que «sea o haya sido su esposa o esté o haya estado ligado con él (hombre) por análoga relación de afectividad». De no darse tales condiciones la norma aplicable sería la prevista en el art. 620 CP. Indica que la Ley Orgánica 1/2004 erróneamente atribuye al hombre la condición de dominante y a la mujer la de dominada. Considera que la vía para la promoción y protección de la mujer no puede

avaluar el camino de represión penal contra los hombres. Entiende que la mujer pasa a ser tratada más que como persona como objeto delicado precisado de una superprotección. Afirma que el juicio de proporcionalidad entre la medida, el resultado y la finalidad es claramente negativo. La pena se incrementa hasta un límite insostenible en relación con el hecho, supone una vuelta a la prevención general negativa, sin que los datos estadísticos aludidos para justificar la agravación de las penas, puedan justificar la agravación por razón de sexo, en tanto que por una parte el mero efecto estadístico ya bastaría para castigar más a los hombres que las mujeres y por otra de pretender una mayor agravación debería lograrse «sin necesidad de sexualizar el tipo». Concluye que la agravación de la respuesta penal por el mero hecho del sexo del autor viola la igualdad constitucional del art. 14 CE.

b) A continuación analiza la supuesta vulneración del principio de culpabilidad (arts. 1.1, 10.1, 15, 24.1 y 25.1 CE) y del principio de proporcionalidad de la pena (arts. 1.1, 9.3, 10.1 y 17 CE).

En relación con ambos principios comienza su exposición mediante la cita literal de diversas Sentencias y Autos del Tribunal Constitucional y Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Centrando la cuestión en el principio de culpabilidad, considera que esta no puede descansar en el sexo del autor, ni en la estadística, sino en el hecho realizado. En lo concerniente al principio de proporcionalidad de la pena, afirma que la metodología para entender la proporcionalidad de la norma debe ser el juicio de razonabilidad y la comparación entre la entidad del delito y de la pena, teniendo en cuenta la finalidad de la norma. Asevera, refiriéndose a los hechos objeto de acusación que «no es razonable, sino más bien absurdo, irrazonable y hasta intolerable que tan nimio hecho, sea tratado con tal gravedad por la norma». Efectúa una comparación de la pena de prisión prevista en el tipo en cuestión con la misma pena prevista en otros tipos penales del mismo Código penal para concluir afirmando su falta de proporcionalidad.

4. La Sección Tercera de este Tribunal acordó, mediante providencia de 28 de febrero de 2006, admitir a trámite la cuestión sobre la constitucionalidad del art. 171.4 y 6 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, 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 pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimen convenientes. En las mismas resoluciones se acordó publicar la incoación de la cuestión en el «Boletín Oficial del Estado», lo que tuvo lugar en el de fecha 13 de marzo de 2006.

5. El Presidente del Senado comunicó en fecha 15 de marzo de 2006 que la Mesa de la Cámara había acordado personarse en el procedimiento y dar por ofrecida su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

El Presidente del Congreso de los Diputados comunicó en fecha 21 de marzo de 2006 el Acuerdo de la Mesa de la Cámara por el cual decidió no personarse ni formular alegaciones en el procedimiento, poniendo a disposición del Tribunal las actuaciones que pudiera precisar.

6. En su escrito de alegaciones presentado en fecha 17 de marzo de 2006 el Fiscal General del Estado, estima que la cuestión debe inadmitirse respecto al segundo párrafo del apartado 4 y al apartado 6, ambos del art. 171 del vigente Código penal, así como respecto a los fundamentos de inconstitucionalidad basados en los artículos 1.1, 9.3, 10.1, 15, 17, 24.1 y 25.1 de la Constitución Española, desestimándola en lo demás.

a) Con cita del ATC 13/2006, de 17 de enero, FJ 2, afirma que el Juez proponente cuando abrió trámite de audiencia sólo señaló como norma cuestionada el art. 171.4 CE. y como precepto constitucional que la misma vulneraría el art. 14 CE., sin embargo en el Auto de 14 de octubre de 2005, por el que se dispone el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad se señala como norma también cuestionada el art. 171.6 CP y como preceptos de la Constitución que se reputan infringidos los arts. 1.1, 9.3, 10.1, 15, 17, 24.1,

y 25 CE., sin que los mismos hubieran sido sometidos al preceptivo trámite de audiencia, por lo que respecto de todos ellos la cuestión debe ser inadmitida.

b) Respecto a la vulneración del derecho a la legalidad por desproporción de las penas, tras la reproducción de los fundamentos jurídicos tercero y sexto del ATC 233/2004 y de los arts. 171.4, 171.5, 171.6, apartado 2 del art. 620.2 y 173.2 CP, expone que la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, identifica dicha violencia, en su exposición de motivos, como la que se ejerce sobre las mujeres por el mismo hecho de serlo y ser consideradas por sus agresores como carentes de derechos mínimos, existiendo un síndrome de mujer maltratada consistente en las agresiones sufridas por la mujer como consecuencia de condicionantes socioculturales que la sitúan en una posición de subordinación al hombre, con especial incidencia en España, sin que los poderes públicos puedan sustraerse a dicha realidad, por lo que razones de política criminal «pueden y deben determinar la agravación de la condena». Entiende que el exceso de rigor se argumenta por el Magistrado proponente, «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».

c) En relación con la infracción del art. 14 CE, tras la transcripción de fundamentos jurídicos de diversas Sentencias del Tribunal Constitucional 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. 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 ya parentales, ya maternas ya filiales ya incluso de relación de pareja 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 delincuencia 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».

7. El Abogado del Estado se personó en el procedimiento en nombre del Gobierno, solicitando en su escrito de alegaciones, presentado el 23 de marzo de 2006, que se dicte

Sentencia declarando inadmisibile la cuestión, respecto al segundo párrafo del art. 171.4 CP por su irrelevancia, y respecto del art. 171.6 CP y de los fundamentos de inconstitucionalidad relativos a los principios de culpabilidad y proporcionalidad (arts. 1.1, 9.3, 10.1, 15, 17.1, 24.1 y 25.1 CE), porque el modo de someter la cuestión a las partes les «ha imposibilitado ... conocer el contenido de la cuestión», desestimándola en lo demás; y subsidiariamente la desestime en su totalidad.

a) Inicia sus alegaciones afirmando que se cuestiona la constitucionalidad del art. 171.4 CP, pero que no cabe duda de que el fallo en el proceso penal *a quo* sólo depende de la validez del primer párrafo del art. 171.4 CP, no del segundo, puesto que las amenazas leves, proferidas contra la mujer, habrían de quedar encuadradas en aquél, por lo que la cuestión sólo es admisible respecto al primer párrafo del art. 171.4 CP.

b) Considera que el artículo 171.4 CP no viola el art. 14 CE. En primer lugar, en relación con la premisa supuesta por el Juez proponente de que la mayor tutela penal dispensada por el nuevo art. 171.4 CP ha de calificarse como medida de acción positiva *pro feminis* o una discriminación positiva por razón de género, alega el Abogado del Estado que ello no puede sostenerse si la confrontamos con el texto del art. 171.4 CP por cuanto, ni en la parte expositiva ni en la dispositiva de la Ley Orgánica 1/2004 hay el más mínimo fundamento para conceptuar de ese modo la tutela penal dispensada mediante el nuevo art. 171.4 CP, siendo además tal cuestión irrelevante para enjuiciar la constitucionalidad de una ley máxime cuando, en este caso, más que de discriminación positiva parece oportuno hablar de la respuesta legislativa dada a la demanda de una mayor tutela penal socialmente muy difundida.

En segundo término, basta la lectura conjunta de los dos párrafos del art. 171.4 CP para persuadirse de que la tutela penal contenida en este precepto no favorece a las mujeres en general. La razón de la agravación radica en la especial necesidad de tutela penal que se dispensa a varias (sub)categorías de personas cuyo rasgo común es la especial vulnerabilidad derivada de la convivencia o relación afectiva, actuales o pasadas, con el posible sujeto agente de la acción delictiva. La peculiaridad respecto a las subcategorías femeninas (esposa, mujer ligada por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia) radica en que el legislador las presume especialmente vulnerables, o, si se quiere, acepta que la vulnerabilidad es inherente —en tales casos— a la condición femenina en virtud de la «discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres» que axiomática o dogmáticamente proclama el art. 1 de la Ley Orgánica 1/2004 no cuestionado. De ahí que las amenazas aparezcan como subtipo de violencia de género en el art. 1.2 de la Ley Orgánica 1/2004. A ello añade el Abogado del Estado que no faltan antecedentes inmediatos a esta técnica legislativa, habiéndose dictado por el Tribunal Constitucional sobre uno de ello (art. 153 CP, redacción dada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre), los AATC 233/2004 y 332/2005, que inadmitieron sendas cuestiones de inconstitucionalidad por manifiesta falta de fundamento.

Alega el Abogado del Estado, citando al efecto doctrina constitucional, que el legislador democrático goza de la potestad exclusiva «para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo» y que, en definitiva, no compete al Tribunal Constitucional enjuiciar ni valorar temas de política legislativa criminal, pues la realidad social sólo es valorable por el legislador.

A continuación, afirma el Abogado del Estado que no es correcto decir que el precepto cuestionado propicie que un comportamiento idéntico (amenaza leve), sea más o menos castigado según cual sea el sexo del sujeto activo. Considerado en su integridad, es decir, en sus dos párrafos, el sujeto activo puede ser tanto hombre como mujer. El precepto permite castigar como delito amenazas leves proferidas por una mujer contra un varón, si éste resulta ser conviviente «especialmente vulnerable». Aun centrándonos en el primer párrafo, la mayor protección penal de las dos subcategorías femeninas se explica no como privilegio arbitrario por razón del sexo sino por virtud de la apreciación legislativa acerca

de la particular vulnerabilidad de esos colectivos. Es esta mayor vulnerabilidad, no el mero dato del sexo o del género lo que justifica la tutela penal. Por tanto, no hay discriminación por razón de sexo o género —prohibida por el art. 14 CE— sino mayor protección penal basada en datos objetivos y estadísticamente respaldados, que justifican un trato penal diferenciado, el cual no sobrepasa los límites de lo razonable ni resulta desproporcionado.

Tampoco puede afirmarse que el art. 171.4 CP castigue «toda amenaza contra una mujer que proceda de un hombre». Castiga las amenazas de quien fue o es esposo o de quien mantiene o mantuvo con la ofendida una relación análoga de afectividad; y castiga las amenazas de cualquier persona —con independencia de su sexo— contra cualquier conviviente especialmente vulnerable. El art. 171.4 CP no cubre, pues, todas las amenazas de un hombre contra una mujer, sino sólo las proferidas en el contexto de una relación heterosexual de pareja. Las amenazas leves acaecidas en un contexto laboral o en un accidente circulatorio se castigan con igual pena, sea cual sea el sexo o el género del ofensor y del ofendido. En cambio, es cierto que en las relaciones afectivas entre personas de distintos sexos (o relaciones heterosexuales de pareja) sí que se entiende que la mujer ocupa una posición más vulnerable y, por ello, más digna de protección penal. Pero con ello el legislador no presume nada, sino que se limita a tomar en consideración una realidad social comprobable y estadísticamente acreditada. En reiteradas ocasiones el Tribunal Constitucional ha declarado que el legislador debe tomar en consideración el «caso normal», la «normalidad de los casos», lo cual es, ante todo, un dato de hecho. Según el informe del Consejo General del Poder Judicial de 24 de junio de 2004, la violencia sobre la mujer ocupa el más alto porcentaje de la estadística judicial (91.1 por 100 de los casos); tan abrumadora cifra, alega el Abogado del Estado, «justifica sobradamente que el legislador no se equivoca en tratar a la mujer —en los citados contextos— como especialmente vulnerable, eximiéndola de la prueba de tal vulnerabilidad».

c) A continuación, con carácter subsidiario, para el caso de que se estimara procedente examinar la supuesta vulneración de preceptos constitucionales diversos al art. 14 CE, examina la tacha de infracción del principio de culpabilidad.

Tras exponer que el principio penal de culpabilidad queda protegido por los arts. 25.1 CE en relación con el art. 1.1 CE y 10.1 CE, considera que la agravación no esta basada en el sexo, sino en el mayor ataque al bien jurídicamente protegido por la mayor vulnerabilidad de la víctima, sin que el precepto contenga un tipo de autor, no sanciona una personalidad, un carácter, un modo de conducir la propia vida. Su aplicación no exige un juicio de personalidad del autor. Castiga hechos, hace responder penalmente por hechos bien descritos: amenazar levemente a ciertas personas, y con el dolo específico de «ejercer presión sobre la víctima, atemorizándola y privándola de su tranquilidad y sosiego, dolo indubitado, en cuanto encierra un plan premeditado de actuar con tal fin». Ni siquiera puede afirmarse que la razón de la agravación esté en alguna cualidad o característica del autor, porque se asienta en las mayores exigencias protectoras nacidas de la especial vulnerabilidad que afecta a las potenciales víctimas en el contexto de una relación heterosexual de pareja o de mera convivencia, de manera que la agravación reposa en circunstancias asociadas al sujeto pasivo de la infracción penal.

Por último, en lo concerniente a la violación del principio de proporcionalidad, considera que el legislador puede tomar en consideración —con total legitimidad— la estadística criminal, ya que si determinado tipo de delitos muestra una tendencia a proliferar el propio principio de proporcionalidad no ya permite sino que exige un reforzamiento de la prevención general mediante un aumento de la pena, aunque la gravedad intrínseca del delito pueda no ser excesiva.

8. Mediante providencia de fecha 21 de julio de 2009 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 21 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Santa Coloma de Farners considera en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 9266-2005 que ha promovido que el art. 171.4 y 6 del Código penal (CP), en la 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 al derecho de igualdad (art. 14 CE) y a los principios de culpabilidad y proporcionalidad de la pena (arts. 1.1. 9.3, 10.1, 15, 17, 24.1 y 25.1 CE).

Tanto el Abogado del Estado como el Fiscal General del Estado solicitan la inadmisión de la cuestión promovida en relación con el segundo párrafo del art. 171.4 CP, por no ser relevante para la decisión del proceso penal, y respecto del art. 171.6 CP por no haber sido sometida al preceptivo trámite de audiencia previsto en el art. 35 LOTC, y en todo caso interesan la desestimación de ambas cuestiones.

2. Con el fin de acotar el objeto de nuestro pronunciamiento, y a la vista de las alegaciones formuladas por el Fiscal General del Estado y el Abogado del Estado, debemos comenzar precisando que el Auto de planteamiento no se refiere en su argumentación al segundo párrafo del art. 171.4 CP, sino que la duda que propone está centrada exclusivamente en el supuesto típico descrito en su primer párrafo. Así se expresa inequívocamente en el Auto de planteamiento, y por esa misma razón los argumentos del Juzgado promotor se fundamentan en la consideración de que sólo las mujeres pueden ser sujeto pasivo y sólo los varones pueden ser sujeto activo del delito definido en el primer párrafo del art. 171.4 CP, que es, por tanto, el único precepto que resulta relevante para la resolución del proceso penal *a quo* y, en consecuencia, el único precepto cuyo análisis de constitucionalidad debemos abordar en el presente procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en el art. 35.1 LOTC.

En cuanto a las dudas de constitucionalidad referentes al art. 171.6 CP por posible infracción de los principios de culpabilidad y proporcionalidad (arts. 1.1., 9.3, 10.1, 15, 17.1, 24.1 y 25.1 CE), las actuaciones judiciales remitidas a este proceso constitucional acreditan que las mismas no fueron puestas de manifiesto a las partes en el preceptivo trámite de audiencia previa a que obliga el art. 35 LOTC, que se refirió exclusivamente a la posible inconstitucionalidad al art. 171.4 CP en relación con el art. 14 CE, por lo que procede, según es criterio consolidado de este Tribunal [STC 45/2009, de 19 de febrero, FJ 2 d)], y solicitan también el Fiscal General del Estado y el Abogado del Estado, declarar su inadmisibilidad.

Por lo expuesto, procede la inadmisión parcial de la presente cuestión de inconstitucionalidad respecto de párrafo segundo del art. 171.4 CP y del art. 171.6 CP en su integridad, y, en consecuencia, el objeto del presente proceso constitucional se contrae a examinar la pretendida inconstitucionalidad del párrafo primero del art. 171.4 CP, que castiga «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».

3. Perfilado el objeto del presente proceso las dudas de constitucionalidad planteadas por el Juez proponente quedan circunscritas a que el precepto cuestionado —el párrafo primero del art. 171.4 CP— establece una ilegítima discriminación por razón de sexo, conculcando por ello el art. 14 CE, pues ha optado injustificadamente por dar una respuesta penal desigual a conductas que son objetivamente idénticas, salvo por un único elemento de diferenciación: el sexo del sujeto activo o pasivo del delito.

Pues bien, así delimitadas las dudas de constitucionalidad planteadas en la presente cuestión, hemos de advertir que tales dudas han sido ya resueltas por la STC 45/2009, de 19 de febrero (BOE de 14 de marzo), que desestimó la cuestión de inconstitucionalidad promovida en relación con el párrafo primero del art. 171.4 CP, en la redacción dada por el art. 38 de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, por las razones que constan en su fundamento jurídico cuarto.

En síntesis, en la STC 45/2009, FJ 4 (con la misma *ratio decidendi* de la anterior STC 59/2008, de 14 de mayo), declaramos que el párrafo primero del art. 171.4 CP no lesiona

el art. 14 CE, porque dicho precepto consagra una diferenciación punitiva que responde a una finalidad constitucionalmente legítima, cual es «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»; porque se produce asimismo la funcionalidad de la diferenciación cuestionada para la legítima finalidad perseguida, al resultar razonable el entendimiento del legislador de que «concorre 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», por lo que, siendo «razonable la apreciación de que tal mayor desvalor concorre en las primeras conductas, también lo es la de que debe imponerse una pena mayor para prevenirlas»; y, en fin, porque tampoco cabe apreciar que la diferencia punitiva que se produce entre los supuestos comparados en relación con la conducta de amenaza leve sin armas entrañe una desproporción que conduzca por esta vía a la inconstitucionalidad ex principio de igualdad del precepto cuestionado.

En definitiva, siendo las dudas de constitucionalidad respecto del párrafo primero del art. 171.4 CP en que se fundamentan las presentes cuestiones acumuladas coincidentes con las que ya fueron rechazadas por la STC 45/2009, de 19 de febrero, en relación con este mismo precepto, a la fundamentación de esta Sentencia debemos, por tanto, remitirnos.

FALLO

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

Ha decidido

1.º Inadmitir parcialmente la cuestión de inconstitucionalidad núm. 9266-2005 respecto del segundo párrafo del art. 171.4 CP y del art. 171.6 CP en su integridad.

2.º Desestimar la cuestión en todo lo demás.

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

Dada en Madrid, a veintiuno de julio de dos mil nueve.—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 21 de julio de 2009, dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 9266-2005, planteada por el Juez de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Santa Coloma de Farners en funciones de sustitución de la titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2, respecto al art. 171.4 y 6 del Código penal en la redacción dada al mismo por el art. 38 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género

En la medida en que la actual Sentencia se funda en la aplicación al caso actual de la doctrina de las SSTC 59/2008, de 14 de mayo, y 45/2009, de 19 de febrero, respecto de las que en su día también discrepé con formulación de sendos Votos particulares, en lógica coherencia con mi posición precedente, reitero mi discrepancia respecto a la presente Sentencia, ejercitando al respecto la facultad establecida en el art. 90.2 LOTC, con expresión, ello no obstante, de mi respeto hacia los Magistrados de cuya tesis me aparto, remitiéndome simplemente a las razones expresadas en los Votos particulares a dichas Sentencias.

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

Voto particular que formula el Magistrado don Javier Delgado Barrio respecto de la Sentencia de 21 de julio de 2009, dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 9266-2005

Mi discrepancia se refiere exclusivamente al apartado segundo del fallo y se funda en las razones que expuse en el Voto particular que formulé para la STC 59/2008, de 14 de mayo, al que me remito, pues aunque ésta recayó sobre un precepto diferente, su *ratio decidendi* es la misma que la que funda la Sentencia de la que ahora discrepo.

Madrid, a veintiuno de julio de dos mil nueve.—Javier Delgado Barrio.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez a la Sentencia de 21 de julio de 2009 que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad núm. 9266-2005.

En el ejercicio de la facultad conferida por el art. 90.2 LOTC expongo mi discrepancia con la Sentencia aprobada por el Pleno, en la medida en que aplica la doctrina fijada en las SSTC 59/2008, de 14 de mayo, y 45/2009, de 19 de febrero, a las que formulé sendos Votos particulares («Boletines Oficiales del Estado» de 4 de junio de 2008 y 14 de marzo de 2009), cuyo contenido reitero en este momento.

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

Voto particular que formula el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas, respecto a la Sentencia del Pleno de fecha 21 de julio de 2009 dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 9266-2005

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 el Juez de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Santa Coloma de Farnés, en funciones de sustitución de la titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2, respecto al art. 171.4 y 6 del Código penal, en la redacción dada a los mismos 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 fundamento jurídico 4.

Discrepo abiertamente del fallo de la Sentencia en cuanto a la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad núm. 9266-2005, en sentido contrario, remitiéndome al Voto particular que formulé en la cuestión de inconstitucionalidad 5939-2005.

Madrid, a veintiuno de julio de dos mil nueve.—Ramón Rodríguez Arribas.—Firmado y rubricado.