

Voto particular que formula el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas, respecto a la Sentencia del Pleno de fecha 24 de julio de 2008 dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 51-2007

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 Juzgado de lo Penal núm. 2 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, 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. 51-2007, en sentido contrario, remitiéndome al Voto particular que formulé en la cuestión de inconstitucionalidad 5939-2005.

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

14043 *Pleno. Sentencia 99/2008, de 24 de julio de 2008. Cuestión de inconstitucionalidad 8300-2007 y 6 más (acumuladas). Planteadas por el Juzgado de lo Penal núm. 12 de Valencia 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, culpabilidad y proporcionalidad: trato penal diferente en el delito de maltrato familiar ocasional (STC 59/2008) que no es desproporcionado. 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 Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez y don Manuel Aragón Reyes, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas núms. 8300-2007, 9744-2007, 9745-2007, 2-2008, 716-2008, 1124-2008 y 1879-2008, planteadas por el Juzgado de lo Penal núm. 12 de Valencia, 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 el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El día 25 de octubre de 2007 tiene entrada en el Registro General de este Tribunal, con el núm. 8300-2007, un escrito del Juzgado de lo Penal núm. 12 de Valencia al que se acompaña, junto al testimonio del correspondiente procedimiento (procedimiento abreviado 190-2007), el Auto del referido Juzgado de 18 de septiembre de 2007 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, 9.3, 10, 14, 24 y 25 de la Constitución.

Este mismo planteamiento lo realiza el mismo Juzgado en otros procedimientos, con los siguientes números de registro y Autos de cuestionamiento: 9744-2007, Auto de 29 de noviembre de 2007 (procedimiento abreviado 446-2007); 9745-2007, Auto de 24 de noviembre de 2007 (procedimiento abreviado 13-2007); 2-2008, Auto de 20 de noviembre de 2007 (procedimiento abreviado 390-2007); 716-2008, Auto de 15 de enero de 2008 (procedimiento abreviado 476-2007); 1124-2008, Auto de 13 de diciembre de 2007 (procedimiento abreviado 339-2007) y 1879-2208, Auto de 25 de febrero de 2008 (procedimiento abreviado 583-2007).

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. 153.1 CP por posible vulneración de los arts. 1.1, 9.3, 10, 14, 24 y 25 CE.

3. Considera el Auto de planteamiento, en primer lugar, que el art. 153.1 CP podría ser contrario al principio de igualdad proclamado en el art. 14 CE. Alega para ello que la diferencia de pena que impone la nueva medida penal en relación con el sexo de los sujetos activo y pasivo no puede justificarse como una «acción positiva», pues «cuando se trata de la tutela penal y procesal, en la medida en que se tutela derechos fundamentales, no cabe apreciar como punto de partida esa desigualdad». Se trata por ello de una «discriminación negativa» para el hombre, al que se le sanciona más gravemente por los mismos comportamientos por su sexo «y no por la mayor gravedad del injusto». Si la agravación obedece «a que estadísticamente es la mujer el sujeto pasivo de comportamientos de esta clase y que normalmente proceden del hombre, entonces se agravaría la responsabilidad en el caso concreto por hechos ajenos, con vulneración del principio de culpabilidad»; si la agravación «se fundamentase en ... el ánimo de discriminación del hombre sobre la mujer» se partiría de una presunción prohibida contra reo; si «la agravación se fundamentara en la peligrosidad del autor» volveríamos a estar ante una presunción legal y ante una vulneración del principio de responsabilidad por el hecho.

La segunda duda básica del Juzgado en relación con la constitucionalidad del art. 153.1 CP se refiere al principio de proporcionalidad, que se vería quebrado con una punición de «prisión de tres meses a un año» por lo que en realidad constituiría una mera falta de lesiones, y ello «en aras a la cualidad del sujeto pasivo».

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. 12 de Valencia, 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 de personación en los distintos procedimientos y de colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

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». En relación con esta misma duda atinente al principio de culpabilidad, replica el Abogado del Estado en la parte inicial de su escrito la crítica del Auto de planteamiento en torno a las posibles alternativas de fundamentación del precepto, subrayando que «cualquier aumento del grado de aflicción de una pena prevista para un delito ... merecería el mismo reproche», relativo a que se hace recaer sobre los nuevos delincuentes las culpas de los anteriores, pues los incrementos de pena tienen su causa «en la percepción de la sociedad y del legislador de que determinados delitos revelan una mayor generalización y consiguientemente un mayor riesgo para los ciudadanos».

La lesión del principio de proporcionalidad se sustenta en una diferenciación «entre delitos y faltas distinta

de la propia del legislador, bien basada en criterios extrajurídicos, bien basada en criterios históricos de lo que el legislador estableció en otro tiempo y circunstancias». En todo caso, «no sabríamos hacer sugerencias sobre la existencia y eventual empleo de medidas menos gravosas que las previstas en la ley penal para alcanzar el mismo resultado de prevención de estos delitos».

8. En sus escritos de alegaciones en los correspondientes procedimientos, el Fiscal General del Estado concluye que la norma cuestionada no vulnera el ordenamiento constitucional. Para la argumentación de esta conclusión se remite a lo ya alegado en la cuestión de inconstitucionalidad 5939-2005, del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia. Un resumen de tales alegaciones se incluye en el fundamento jurídico 5 de la STC 59/2008, de 14 de mayo.

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 8300-2007 las seguidas con los números 9744-2007, 9745-2007, 2-2008, 716-2008, 1124-2008 y 1879-2008. 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 22 de julio de 2008 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 24 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. A través de treinta y dos Autos de cuestionamiento, el Juzgado de lo Penal núm. 12 de Valencia considera que el 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, de culpabilidad y de proporcionalidad, citando de un modo indiferenciado la posible infracción de los arts. 1.1, 9.3, 10, 14, 24 y 25 CE. El Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado niegan estas vulneraciones e interesan la desestimación íntegra de las cuestiones.

Las dos primeras dudas 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 el precepto cuestionado se opone al principio de culpabilidad– tienen ya respuesta en la STC 59/2008, de 14 de mayo, a la que procede remitirse y cuya argumentación básica pasamos a resumir.

2. El análisis del art. 153.1 CP desde la perspectiva del art. 14 CE debe ser el propio del principio general de igualdad y no el correspondiente a 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) La diferenciación es razonable, en primer lugar, porque es funcional para una finalidad legítima, «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», y «la lucha contra la desigualdad de la mujer en dicho ámbito, que es una lacra que se imbrica con dicha lesividad» (STC 59/2008, FJ 8). Y es funcional porque 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): «[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, 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» (FJ 9.a).

b) 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; 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; y en 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.

3. En relación con la segunda duda, atinente al principio de culpabilidad, procede recordar que «[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» (STC 59/2008, FJ 11).

Tampoco se constata, por otra parte, sanción por hechos de otros. Ni tal cosa se deriva sin más de que se aumenten las penas por la frecuencia de un determinado comportamiento lesivo, ni, en cualquier caso, como se acaba de reseñar, constituye la consideración estadística en sí la justificación única o esencial de impulso de la reforma. Por lo demás, «[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» (STC 59/2008, FJ 11).

4. La última duda de constitucionalidad, que enfrenta el precepto cuestionado al principio de proporcionalidad en cuanto que sancionaría una falta con una pena de prisión tres meses a un año, debe ser rechazada ya por razones formales, pues ni la pena que le sirve de pauta para la desproporción alegada se corresponde con ninguna de las del precepto cuestionado (art. 153.1 CP), ni la conducta típica se cataloga como falta, sino, mediante su ubicación en el libro II del Código penal, inequívocamente como delito.

Tampoco puede prosperar la duda si se refiere a la pena de prisión de seis meses a un año por una conducta que el Juzgado cuestionante considera de un desvalor propio de falta y no de delito. Una duda similar se planteó ya con el antiguo delito de malos tratos no habituales en el ámbito doméstico (art. 153 CP en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 11/2003) y fue inadmitida por los AATC 233/2004, de 7 de junio, y 332/2005, de 13 de septiembre. Y aunque es cierto que la pena alternativa de prisión de la norma ahora cuestionada tiene un límite mínimo superior al de aquélla (seis meses en lugar de tres), también lo es que puede reducirse en un grado, lo que comportaría una pena de prisión con un mínimo de tres meses (art. 153.4 CP) y una pena de trabajos de beneficio de la comunidad inferior a la del anterior art. 153.1 CP, y que 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).

Estas diferencias punitivas entre el antiguo art. 153 CP y el vigente art. 153.1 CP son así pocas, limitadas y de sentido diverso, y no modifican el resultado del juicio constitucional de falta de desproporción emitido en los reseñados AATC 233/2004 y 332/2005, máxime cuando no se aporta argumento alguno para sustentar la supuesta desproporción ni se especifica siquiera cuál de los análisis de proporcionalidad es el que depararía la inconstitucionalidad de la norma. Procede recordar al respecto las potestades exclusivas del legislador para determinar normativamente qué conductas se penan y con qué pena, y los severos límites que demarcan el control de este Tribunal al respecto. Así, el juicio de proporcionalidad «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». Sólo cabe afirmar la falta de proporcionalidad de una reacción penal cuando la norma no persiga «la preservación de bienes o intereses que no estén constitucionalmente proscritos ni sean socialmente irrelevantes»; cuando la pena no sea «instrumentalmente apta para dicha persecución»; o cuando sea innecesaria o, en sentido estricto, desproporcionada. «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 concurra 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 139/1999, de 20 de julio, FJ 23; también, SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FFJJ 6 y ss; 161/1997, de 2 de octubre, FFJJ 9 y ss; AATC 233/2004, de 7 de junio, FJ 3; 332/2005, de 13 de septiembre, FJ 4).

La falta de argumentos del Auto de cuestionamiento, de una parte, y, de otra, la limitada cuantía de la pena, sus posibilidades de adaptación a la gravedad del hecho y las importantes finalidades de la norma –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 3.a)– nos llevan a negar, en línea con lo resuelto por los AATC 233/2004, de 7 de junio, y 332/2005, de 13 de septiembre, la desproporción constitucional invocada, y a despejar en este sentido la última de las dudas de constitucionalidad del Juzgado de lo Penal núm. 12 de Valencia.

FALLO

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

Ha decidido

Desestimar las cuestiones de inconstitucionalidad núm. 8300-2007, 9744-2007, 9745-2007, 2-2008, 716-2008, 1124-2008 y 1879-2008.

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

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

Voto particular que formula el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas respecto de la Sentencia de fecha 24 de julio de 2008, dictada en las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas núms. 8300-2007, 9744-2007, 9745-2007, 2-2008, 716-2008, 1124-2008 y 1879-2008, planteadas por el Juzgado de lo Penal núm. 12 de Valencia, 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.

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 veinticuatro 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 24 de julio de 2008, dictada en las cuestiones de inconstitucionalidad núms. 8300-2007, 9744-2007, 9745-2007, 2-2008, 716-2008, 1124-2008 y 1879-2008

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 veinticuatro 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 núms. 8300-2007, 9744-2007, 9745-2007, 2-2008, 716-2008, 1124-2008 y 1879-2008, 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 veinticuatro 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 23 de julio de 2008 dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 8300-2007 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 el Juzgado de lo Penal núm. 12 de Valencia, 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. 8300-2007 y acumuladas, en sentido contrario, remitiéndome al Voto particular que formulé en la cuestión de inconstitucionalidad 5939-2005.

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

14044 *Pleno. Sentencia 100/2008, de 24 de julio de 2008. Cuestión de inconstitucionalidad 1-2008 y 1 más (acumuladas). Planteadas por el Juzgado de lo Penal núm. 26 de Madrid 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. 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 Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Trepms, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas núms. 1-2008 y 2169-2008, planteadas por el Juzgado de lo Penal núm. 26 de Madrid, respecto al art. 153.1 y 3 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 Guillermo Jiménez Sánchez, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El día 2 de enero de 2008 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal, con el núm. 1-2008, un escrito del Juzgado de lo Penal núm. 26 de Madrid al que se acompañaba, junto con el testimonio del correspondiente procedimiento (procedimiento abreviado 326-2007), Auto del referido Juzgado de 5 de diciembre de 2007 en el que se acordó plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 153.1 y 3 del Código penal por su posible contradicción con los arts. 1.1, 10 y 14 de la Constitución.

Igual planteamiento se realizó por el mismo Juzgado en otro procedimiento, con el número de registro 2169-2008, Auto de cuestionamiento de 6 de marzo de 2008 (procedimiento abreviado 51-2008).

2. En los procedimientos reseñados se celebró el juicio oral y, tras él, 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. 153.1 CP por posible vulneración de los arts. 1.1, 10 y 14 CE.