

**Pleno. Sentencia 127/2009, de 26 de mayo de 2009. Cuestiones de inconstitucionalidad 7393-2006 y 3 más (acumuladas). Planteadas por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete respecto al artículo 172.2 del Código penal, redactado 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, de presunción de inocencia y de culpabilidad, de legalidad y de proporcionalidad penal: trato penal diferente en el delito de coacciones leves (SSTC 59/2008 y 45/2009). Votos particulares.**

**Organo Emisor:** Tribunal Constitucional

**Tipo de Norma:** Sentencia

**Fecha:** 2009-05-26 12:00:00

**Fecha de Publicacion en el BOE:** 2009-06-20 12:00:00

**Marginal:** 69359372

**TEXTO COMPLETO :**

**Pleno. Sentencia 127/2009, de 26 de mayo de 2009. Cuestiones de inconstitucionalidad 7393-2006 y 3 más (acumuladas). Planteadas por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete respecto al artículo 172.2 del Código penal, redactado 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, de presunción de inocencia y de culpabilidad, de legalidad y de proporcionalidad penal: trato penal difere**

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

**EN NOMBRE DEL REY**

**la siguiente**

**SENTENCIA**

En las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas núms. 7393-2006, 8198-2006, 6138-2007 y 6878-2008, planteadas por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete, respecto al art. 172.2 del Código penal en la redacción dada al mismo por el art. 39 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 Vicente Conde Martín de Hijas, quien expresa el parecer del Tribunal.

**I. Antecedentes**

1. El día 13 de julio de 2006 tiene entrada en el Registro General de este Tribunal, con el núm. 7393-2006, un escrito de la Magistrada-Juez del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete al que se acompaña, junto al testimonio del correspondiente procedimiento, el Auto del referido Juzgado de 2 de mayo de 2006 en el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto al art. 172.2 del Código penal por su posible contradicción con los arts. 1.1, 9.1, 9.2, 9.3, 10, 14, 17, 24.2 y 25.1 CE.

Igual planteamiento lo realiza la misma Magistrada, también como titular del Juzgado de lo Penal núm. 2 de

Albacete, en otros tres procedimientos, con los siguientes números de registro y Autos de cuestionamiento: 8198-2006, Auto de 16 de junio de 2006 (procedimiento abreviado 2-2006; juicio oral 145-2006); 6138-2007, Auto de 20 de junio de 2007 (juicio rápido 291-2007); y 6878-2008, Auto de 14 de julio de 2008 (procedimiento abreviado 385-2007).

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. 172.2 CP por posible infracción de los siguientes artículos de la Constitución: 1.1, 9.1, 9.2, 9.3, 10, 14, 17, 24.2 y 25.1 CE.

A tal planteamiento se opuso en todos los casos el Ministerio Fiscal. Lo estimaron pertinente las representaciones de los acusados en los procedimientos correspondientes a las cuestiones núm. 7393-2006 y 6138-2007.

3. Los Autos de planteamiento parten de una interpretación del precepto cuestionado en la que el sujeto activo ha de ser necesariamente un varón, pues así se inferiría de la descripción del sujeto pasivo («esposa» y «mujer ligada a él»), de lo absurdo de la inclusión sólo de parejas homosexuales femeninas, y del «espíritu de la norma de origen», la Ley Orgánica 1/2004, expresado en su art. 1. Así «las notas definitorias de la agravación son el sexo de los sujetos del delito y la relación conyugal o análoga entre ellos», y no su convivencia, y tal agravación consistiría en la imposición de una pena 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», en lugar de la pena que impone el art. 620 CP para las coacciones leves, que se consideran falta, «cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2», que es de «localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días».

Tras una introducción acerca de la evolución de la legislación penal en materia de violencia doméstica y de coacciones, el Juzgado divide sus dudas de constitucionalidad en cinco bloques. En su apartado final sostienen los Autos que no cabe una interpretación conforme a la Constitución «como posible límite de la duda de inconstitucionalidad». Reseñan que se han propuesto como tales las que exigen en el tipo una conducta discriminatoria o un «abuso de superioridad por parte del autor hombre sobre su víctima mujer ligado a una situación de vulnerabilidad» de ésta, «probada o presunta». Pero, por una parte, tales interpretaciones no son posibles a partir del tenor del artículo, resultando «muy forzado» el enlazar el mismo con la definición de la violencia de género del art. 1.1 de la Ley Orgánica 1/2004, expresión ésta, la de «violencia de género», que no se incluye en el tipo penal. Por otra parte, dichas interpretaciones no salvan la objeción de que no se prevea una agravación correlativa para el componente femenino de la pareja y de que sólo puedan ser sujetos pasivos las mujeres o las «personas especialmente vulnerables», previsión ésta que puede suponer una presunción de especial vulnerabilidad en la mujer contraria a su dignidad. La contemplación del abuso de superioridad «como fundamento de la agravación por estar presente en todas las agresiones de los hombres hacia sus parejas», en fin, supone una presunción iuris et de iure que vulneraría el derecho a la presunción de inocencia.

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 aquél supone una acción positiva que, «válida en otros órdenes jurisdiccionales, como tradicionalmente ha sido el Derecho Laboral», no había sido hasta ahora llevada al ámbito penal, pues 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 la de la mujer, «a quien se reputa en todo caso especialmente vulnerable».

b) Consideran también los Autos 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. Esta presunción la establecería el art. 1.1 de la Ley Orgánica 1/2004, «al desprenderse del mismo que toda violencia contra la mujer por parte de sus parejas o ex parejas es una manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres».

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 siguiente 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 sería posible a través de la pena? «no se alcanza a comprender cómo favorece la igualdad de oportunidades para la mujer ... el castigo más severo de conductas como la enjuiciada cuando son cometidas por el hombre»? y conduce por exceso a una discriminación negativa, pues no se partía en este caso de una situación de desigualdad ante la ley y ante la Administración de Justicia penal. «La opción del legislador estableciendo categorías de penas distintas para hombres y para mujeres en idéntica situación ... podría considerarse contraria al valor justicia» y, por conexión con el mismo, con «el principio de interdicción de la arbitrariedad», máxime si se tiene en cuenta que, para el presente delito, la diferencia supone que las coacciones leves realizadas por un hombre contra su pareja o ex pareja con constitutivas de delito y no, como en los demás supuestos, de falta.

e) La última de las vulneraciones constitucionales expuestas como posibles se refiere al principio de proporcionalidad (arts. 9.3, 17.1 y 25 CE). Tras apuntar que el precepto cuestionado es diferente en cuanto al análisis de proporcionalidad que los que recogen las lesiones leves, los malos tratos de obra y las amenazas con armas o instrumentos peligrosos, cuya inconstitucionalidad por desproporción ha sido ya rechazada por el Tribunal Constitucional, subraya que la Ley 1/2004 ha creado un tipo cerrado que no deja margen a la adopción de respuestas penales proporcionadas y adecuadas al caso entre la atipicidad y la calificación como delito. Esto resulta trascendente en un ámbito, el de las coacciones, en el que se recogen comportamientos de intensidad muy diversa, algunos muy poco significativos, para los que el legislador ha suprimido la posible calificación de falta, y sin que tal ausencia pueda ser suficientemente sustituida por la posibilidad de sustituir la pena o de atenuarla (art. 172.2, párrafo 4).

Existe, en fin, un apartamiento arbitrario e irrazonable del legislador de la pena que asigna a supuestos análogos (las demás coacciones leves: art. 620 CP). La finalidad legislativa perseguida admitía una alternativa menos gravosa, cual es el castigo de todas las coacciones leves como falta, «con una agravación específica, pero sin superar esta calificación».

4. Este Tribunal acuerda, mediante las providencias respectivas, admitir a trámite las cuestiones que sobre la constitucionalidad del art. 172.2 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 Congreso de los Diputados comunica en los distintos procedimientos los Acuerdos de la Mesa de la Cámara relativos a la no personación (en la cuestión núm. 7393-2006) y a la personación (en las

otras tres cuestiones) del Congreso en los mismos y, en todos los casos, a la puesta a disposición del Tribunal de las actuaciones que pudiera precisar.

6. El Presidente del Senado comunica en los distintos procedimientos que la Mesa de la Cámara ha acordado personarse en los mismos y dar por ofrecida su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

7. El Fiscal General del Estado concluye sus escritos de alegaciones con la consideración de que la norma cuestionada no vulnera ningún artículo de la Constitución. Para su argumentación se remite a las razones expuestas en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1040-2006, planteada por el mismo Juzgado y por las mismas razones en relación con el art. 171.4 CP.

8. El Abogado del Estado concluye sus escritos de alegaciones solicitando la inadmisión de la cuestión respecto a los párrafos segundo, tercero y cuarto del art. 172.2 CP, por su irrelevancia, y desestimándola respecto al párrafo primero; subsidiariamente pide la desestimación total de la cuestión.

Tras afirmar que «la Juez cuestionante parte de la correcta interpretación... según la cual sujeto activo del delito sólo puede serlo un varón», realiza una serie de consideraciones previas, que parten de la falta de fundamento de la conceptualización de la tutela penal cuestionada como discriminación positiva; más bien «parece oportuno hablar de la respuesta legislativa dada a la demanda de una mayor tutela penal socialmente muy difundida» y que de hecho «fue aprobada por unanimidad en ambas Cámaras». Matiza a continuación que el precepto, ni «favorece a las mujeres en general», ni «pretende actuar contra toda la 'violencia de género'», y que en su párrafo segundo protege a un colectivo «delimitado sin 'marcador de género'», hasta el punto que sujeto activo del delito «pueden serlo personas de ambos sexos». «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 conducta delictiva». Respecto «a las subcategorías femeninas... el legislador, más que presumir, 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´». Subraya a continuación que «la mayor severidad punitiva del artículo 172.2 CP se explica... como medida preventiva que disuade... de progresar hacia conductas delictivas más graves» y que, según una «muy añeja doctrina constitucional», el legislador democrático goza de la potestad exclusiva para la selección de los bienes jurídicos, de los comportamientos atentatorios contra ellos y de las sanciones adecuadas para prevenirlos, y que en ello tiene el «amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y de su específica legitimidad democrática».

a) Después de insistir en que el art. 172.2 CP no introduce una discriminación positiva y que «se trata de hacer frente a un problema social otorgando tutela penal más intensa a las mujeres y otras personas vulnerables», a partir de «datos objetivos y estadísticamente respaldados que justifican un trato penal diferenciado, el cual no sobrepasa los límites de lo razonable ni resulta desproporcionado», señala que es la mayor vulnerabilidad, y «no el mero dato del sexo o 'genero', lo que justifica la tutela penal», sin que «la mayor protección penal dispensada a quien, según estimación del legislador, más la precisa», pueda ofender «la dignidad humana, sino todo lo contrario».

Esta vulnerabilidad no la presume el legislador, «que se limita a tomar en consideración una realidad social comprobable y estadísticamente acreditada». Debe recordarse al respecto que el Tribunal Constitucional «ha declarado que el legislador debe tomar en consideración el 'caso normal'». Carece, por lo demás, «de toda base la llamada discriminación por omisión», pues, por un lado, en su caso, la víctima en la pareja homosexual podría considerarse como «persona especialmente vulnerable», y, por otro, «el art. 14 CE puede servir de fundamento a una pretensión de mayor o máxima protección penal en beneficio de clases o colectivos que el legislador no haya considerado merecedores o necesitados de ella».

La alegación del Abogado del Estado en relación con la supuesta infracción del art. 14 CE finaliza

rebatiendo que el art. 172.2 contenga «un tipo de autor». Castiga hechos más graves por «circunstancias asociadas al sujeto pasivo de la infracción penal».

b) Respecto a las demás infracciones constitucionales denunciadas en los Autos de planteamiento rechaza el Abogado del Estado, en primer lugar, que pueda haberse violado el derecho a la presunción de inocencia, pues «pesará sobre la acusación, en su caso, la carga de probar el dolo específico de las coacciones». Es inadmisibles, por irrelevante, en segundo lugar, el reproche relativo a que el párrafo segundo constituye un tipo abierto. Y tampoco puede estimarse, en fin, el cuestionamiento desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, pues este juicio «ha de atender no sólo a la gravedad cuantitativa y cualitativa de los hechos, sino a la gravedad añadida por la actual comisión frecuente de la infracción penal y la posible extensión futura de tales conductas delictivas». Así, «si determinado tipo de delitos muestra una tendencia a proliferar en determinado momento, el propio principio de proporcionalidad no ya permite sino que exige un reforzamiento de la prevención general mediante un aumento de pena, aunque la gravedad intrínseca del delito pueda no ser excesiva».

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 7393-2006 de las seguidas con los números 8198-2006 y 6138-2007. Mediante nueva providencia, de 24 de febrero de 2009, el Pleno hace lo propio en relación ahora con la acumulación de la seguida con el núm. 6878-2008, también planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete. El Abogado del Estado no se opone a la acumulación y el Fiscal General del Estado interesa la misma, que se acuerda mediante ATC 110/2009, de 1 de abril.

10. Por providencia de 26 de mayo de 2009, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el mismo día.

## II. Fundamentos jurídicos

1. El Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete considera que el art. 172.2 del Código penal, en su vigente redacción, dada por el art. 39 de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, puede ser contrario a los arts. 1.1, 9.1, 9.2, 9.3, 10, 14, 17, 24.2 y 25.1 de la Constitución por serlo del principio de igualdad, en relación con los valores de justicia y dignidad de la persona; del derecho a la presunción de inocencia, en relación con el principio de culpabilidad; del principio de legalidad; de la promoción de la igualdad real, en relación con la interdicción de la arbitrariedad; y del principio de proporcionalidad. Tanto el Abogado del Estado como el Fiscal General del Estado se oponen a esta consideración e interesan la desestimación íntegra de las cuestiones. La petición principal del Abogado del Estado es la inadmisión parcial de todas las cuestiones en lo referido a los párrafos segundo, tercero y cuarto del art. 172.2 CP por considerar que su posible inconstitucionalidad es irrelevante para la decisión de los procesos penales en los que se suscita la duda.

El párrafo primero del art. 172.2 CP sanciona «con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años» a quien «de modo leve coaccione 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». El párrafo segundo impone la misma pena «al que de modo leve coaccione a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor». Si el párrafo tercero prevé una agravación de la pena (mitad superior) cuando concurren ciertas circunstancias (el delito se comete en presencia de menores, o en el domicilio común o en el de la víctima, o «quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza»), el párrafo cuarto dispone que se podrá

imponer la pena inferior en grado «en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho».

2. Debe darse la razón al Abogado del Estado en cuanto a la inadmisibilidad del cuestionamiento de los párrafos segundo, tercero y cuarto del art. 172.2 CP, dado que no consta en los Autos de planteamiento juicio alguno acerca de su aplicabilidad y de la relevancia de su validez para la decisión de los procesos correspondientes (art. 35.2 LOTC). Cabría pensar en que esta inadmisión es innecesaria porque en realidad tales preceptos no resultan cuestionados, a la vista de que en alguna de sus alegaciones el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete ciñe sus dudas al primer párrafo. Lo cierto es, sin embargo, que los Autos no realizan tal restricción, ni en su parte dispositiva, ni en el apartado relativo a la «ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona», y que de hecho plantean como una de las posibles vulneraciones la que respecto al mandato de determinación (art. 25.1 CE) podría suponer la expresión del párrafo segundo «persona especialmente vulnerable».

3. La principal duda de constitucionalidad planteada en los Autos del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete se refiere a la compatibilidad del precepto cuestionado con el principio de igualdad (art. 14 CE). La duda encuentra respuesta, en gran medida, en la STC 59/2008, de 14 de mayo, que es la primera resolución que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad interpuesta ex art 14 CE respecto al primer inciso del art. 153.1 CP, precepto que recoge un delito de maltrato ocasional con la misma pena y la misma descripción de los sujetos activo y pasivo que el art. 172.2 CP; en la STC 81/2008, de 17 de julio, que hace lo propio respecto a la misma duda planteada por el órgano judicial ahora cuestionante; y en la STC 45/2009, de 19 de febrero, en el que la posible objeción de constitucionalidad se dirigía al art. 171.4 CP, de amenazas leves entre los mismos sujetos y de nuevo con asignación de la misma pena.

Como en los Autos que dieron lugar a las Sentencias mencionadas, la pregunta esencial relativa al principio de igualdad es la de si existe un tratamiento punitivo diferente de la misma conducta en función del sexo de los sujetos activo y pasivo, que sería por ello contrario al art. 14 CE. Así, a partir de una interpretación del tipo penal del art. 172.2 CP que supone una autoría exclusivamente masculina, resultará que la pena privativa de libertad imponible en su caso ¿pues es alternativa a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad? a un varón que coaccione levemente a quien es o fue su pareja afectiva femenina será de seis meses a un año, mientras que la misma amenaza leve en los demás supuestos de parejas o ex parejas (amenazas de una mujer o amenazas de un varón hacia otro) o hacia los demás sujetos del artículo 173.2 CP (respecto al autor, «los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o ... los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o ... persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como ... las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados») será sancionada como un mera falta con pena de cuatro a ocho días de localización permanente o de cinco a diez días de trabajos en beneficio de la comunidad (art. 620, párrafo 3 CP).

Nuestro primer punto de partida para la resolución de esta duda de constitucionalidad ha de ser, como en la STC 59/2008, de 14 de mayo (FJ 6), y en la STC 45/2009, de 19 de febrero (FJ 3), el recuerdo de que «corresponde en exclusiva al legislador el diseño de la política criminal», para el que «goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática» (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6; 161/1997, de 2 de octubre, FJ 9; AATC 233/2004, de 7 de junio, FJ 3; 332/2005, de 13 de septiembre FJ 4). Nuestro actual análisis del art. 172.2 CP no puede por ello «serlo de su eficacia o de su bondad, ni alcanza a calibrar el grado de desvalor de su comportamiento típico o el de severidad de su sanción. Sólo nos compete enjuiciar si se han respetado los límites externos que el principio de igualdad impone desde la Constitución a la intervención legislativa» (SSTC 59/2008, FJ 6; 45/2009, FJ 3).

El segundo punto de partida para afrontar la respuesta que se nos pide acerca de la constitucionalidad del

precepto es el de que la vertiente del art. 14 CE afectada por el mismo es el principio general de igualdad y no la prohibición de discriminación por razón de sexo, pues «no constituye el del sexo de los sujetos activo y pasivo un factor exclusivo o determinante de los tratamientos diferenciados ... La diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa ... que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada» (SSTC 59/2008, FJ 7; 45/2009, FJ 3).

4. A partir de la perspectiva que demarca el principio general de igualdad la constitucionalidad de la norma pasa, según nuestra doctrina, por «que el tratamiento diferenciado de supuestos de hecho iguales tenga una justificación objetiva y razonable y no depare unas consecuencias desproporcionadas en las situaciones diferenciadas en atención a la finalidad perseguida por tal diferenciación» (SSTC 59/2008, FJ 7; 45/2009, FJ 4).

a) Según decíamos en la STC 45/2009, FJ 4, «el análisis de razonabilidad de la diferenciación ha de comenzar por el de la legitimidad del fin de la norma». Como reseñábamos en la STC 59/2008 (FJ 8), de la lectura de la exposición de motivos y del articulado de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género, que es la ley orgánica que introduce en el Código penal el precepto ahora cuestionado, se infiere que la misma «tiene como finalidad principal prevenir las agresiones que en el ámbito de la pareja se producen como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer en tal contexto; su pretensión así es la de proteger a la mujer en un ámbito en el que el legislador aprecia que sus bienes básicos (vida, integridad física y salud) y su libertad y dignidad mismas están insuficientemente protegidos. Su objetivo es también combatir el origen de un abominable tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad y de hacerlo con distintas clases de medidas, entre ellas las penales».

«A partir de esta constatación, '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 igualdad enunciado se refiere a la funcionalidad de la diferenciación cuestionada para la legítima finalidad perseguida, que se producirá si resulta razonable el entendimiento del legislador de que concurre un mayor desvalor en las coacciones del hombre hacia quien es o fue su mujer que en cualesquiera otras en el ámbito de la relación de quienes son o fueron pareja afectiva, y que, más en general, en cualesquiera otras en el ámbito de las relaciones a las que se refiere el art. 173.2 CP (relaciones familiares y de guarda y custodia en centros públicos o privados). Si es razonable la apreciación de que tal mayor desvalor concurre en las primeras conductas, también lo es la de que debe imponerse una pena mayor para prevenirlas. 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); también, STC 45/2009, FJ 4].

c) Tampoco cabe apreciar que la diferencia en las consecuencias jurídicas de las normas comparadas entrañe una desproporción que conduzca por esta vía a la inconstitucionalidad ex principio de igualdad del artículo cuestionado. Frente a la pena del art. 172.2 CP, que consiste en «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», cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2 CP la pena será de «localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días» (art. 620, párrafo 3 CP). No es irrelevante que esta última pena responda a la catalogación del hecho como falta, y que la misma abra la puerta a la posibilidad de nuevas diferencias en el régimen de consecuencias jurídicas subsiguiente a la responsabilidad penal probable o firme. Y así, no podrá ser causa en principio de una detención (art. 495 de la Ley de enjuiciamiento criminal: LECrim) ni de una medida de prisión provisional (arts. 502 y ss. LECrim); el plazo de suspensión de la pena es menor (art. 80.2 CP) y tal suspensión no podrá quedar condicionada al cumplimiento de obligaciones adicionales (art. 83.1 CP); puede interpretarse que su comisión no obsta a la suspensión de otra pena privativa de libertad (art. 81.1 CP) ni quiebra la condición básica de una suspensión vigente (art. 84.1 CP); no comporta penas accesorias (arts. 56 y 57 CP); frente al delito de coacciones leves, no computa a efectos de reincidencia en un futuro delito de coacciones (art. 22.8 CP).

Como afirmamos en la STC 45/2009, «[n]o nos corresponde evaluar la entidad en sí de estas diferencias directas o potenciales, ni su oportunidad, sino sólo, en el marco del juicio constitucional de igualdad que se nos solicita, analizar si las mismas convierten en desproporcionada la diferenciación normativa que hemos declarado en principio como no irrazonable, y si deparan con ello un juicio negativo de la norma ex art. 14 CE» (FJ 4). Y ciertamente merece ser subrayada la diferenciación punitiva que se produce entre los supuestos comparados. Por la notoria diferencia de los marcos penales iniciales y por el hecho de que frente a la consideración como delito de la coacción leve del varón a la mujer que es o fue su pareja afectiva (art. 172.2 CP) se califique como falta la coacción leve hacia persona vinculada con el autor por alguna de las relaciones familiares, de guarda o de custodia a las que se refiere el art. 173.2 CP (art. 620, párrafo 3 CP), con la significativa levedad comparativa que esta calificación como falta supone tanto en el reproche social como, según se ha anotado ya, en consecuencias jurídicas derivadas de la pena o relacionadas con la misma. Es notorio que, en comparación a lo que sucede con las faltas, la imputación a título de delito comporta un sometimiento al procedimiento penal que puede resultar especialmente gravoso, y que ya dicha imputación, pero sobre todo la condena como autor o partícipe de un delito, puede incidir en la consideración social de la persona afectada, que queda de facto sometido a cierto riesgo de estigmatización.

Como en la STC 45/2009 en relación con el delito de amenazas leves sin armas, a pesar de esta notable diferencia punitiva entre la coacción en los casos que el legislador denomina como propios de violencia de género (los del art. 172.2, párrafo 1 CP) y el resto de las coacciones leves que puedan darse en el seno de la pareja, dicha diferencia no convierte «en inconstitucional ex art. 14 CE el precepto cuestionado por la desproporción de las consecuencias de una diferenciación que en sí ya hemos calificado de razonable. Conviene recordar una vez más que es éste un juicio de constitucionalidad, que es el único que nos compete, y que el mismo nada dice acerca de la oportunidad de la norma ni de su calidad, ni siquiera en términos de axiología constitucional» (FJ 4).

Esta conclusión se sustenta, en primer lugar, en las finalidades de la diferenciación, que, conviene recordarlo, son la protección de la libertad de las mujeres, «que el legislador entiende como insuficientemente



protegid[a] en el ámbito de las relaciones de pareja», y «la lucha contra la desigualdad de la mujer en dicho ámbito» (STC 59/2008, FJ 8). Y atiende también, en segundo lugar, al complejo y flexible sistema de determinación de la pena correspondiente al delito del art. 172.2 CP, que permite bien la elusión de la imposición de la pena de prisión, bien su rebaja en un grado, y que hace con ello que se reduzca la diferenciación punitiva expuesta. Así, ha de tenerse en cuenta que la pena de prisión es alternativa a la de trabajos en beneficio de la comunidad, y que por lo tanto el órgano judicial puede decidir no imponer privación de libertad alguna. Y ha de repararse en que la pena del art. 172.2 CP puede ser la inferior en grado «en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho» (párrafo cuarto), con lo que la pena alcanzaría un mínimo de tres meses de prisión y de la mitad de los treinta y un días de trabajos en beneficio de la comunidad (art. 70, 1 y 2 CP).

Es preciso señalar, en fin, en esta valoración constitucional de las distintas consecuencias de los supuestos diferenciados, que el párrafo segundo del art. 172.2 CP impone la misma pena «al que de modo leve coaccione a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor», con lo que se equiparan punitivamente a las coacciones leves del varón hacia quien es o fue su pareja femenina ciertas otras coacciones leves en el seno de tales relaciones: las que reciba una persona especialmente vulnerable (hombre o mujer) que conviva con el autor o con la autora.

5. En el marco de la argumentación de la duda de igualdad, aluden también los Autos de cuestionamiento a la posible oposición del primer párrafo del art. 172.2 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; STC 81/2008, de 17 de julio, FJ 5).

6. De un modo mucho más breve enuncia el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete una segunda duda, que rotula como de «presunción de inocencia, conectado con el principio de culpabilidad» (art. 24.2 CE), y que se sustenta, en esencia, en que el legislador presumiría que la violencia del varón hacia la mujer que es o fue su pareja constituye una manifestación de discriminación. Este presupuesto no es aceptable: «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» (SSTC 59/2008, FJ 11; 81/2008, FJ 4).

En este marco de análisis de la compatibilidad del precepto con el principio de culpabilidad, tampoco cabe asumir la alegación, inserta en la duda sobre el principio de igualdad, relativa a que la medida penal cuestionada es propia de un «Derecho penal de autor». Que en el supuesto cuestionado que tipifica el primer párrafo del art. 172.2 CP 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 en absoluto que se esté sancionando al sujeto activo por lo que es, o por ser varón, 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).

7. La tercera y cuarta dudas planteadas por los Autos se refieren respectivamente a la vulneración del art. 25.1 y a la del art. 9 CE. La primera de ellas se refiere a la indeterminación de la pena 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». 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 (STC 81/2008, FJ 2).

Tampoco resulta apreciable, en segundo lugar, la contrariedad del precepto cuestionado con el art. 9.2 CE. Como advertíamos ya en la STC 81/2008, el que supuestamente el nuevo precepto penal no pueda encontrar amparo en la promoción de la igualdad a la que se refiere el mandato constitucional no comportaría por ello una vulneración del mismo (STC 81/2008, FJ 2).

8. El último bloque de la argumentación que sostiene las dudas de constitucionalidad del primer párrafo del art. 172.2 CP se refiere a su compatibilidad con el principio de proporcionalidad penal, que los Autos de cuestionamiento derivan de los arts. 9.3, 17.1 y 25.1 CE. Este juicio de proporcionalidad no compara las consecuencias de los supuestos diferenciados, análisis propio del juicio de igualdad [supra FJ 4 c)], sino que tiene como referentes los beneficios y costes de la norma cuestionada en términos de axiología constitucional.

Procede recordar que este juicio «debe partir en esta sede de la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo», y que en esta configuración, que supone «un complejo juicio de oportunidad», el legislador goza de un amplio margen de libertad. El juicio que procede en esta sede jurisdiccional «debe ser por ello muy cauteloso. Se limita a verificar que la norma penal no produzca un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho». Cabe afirmar la proporcionalidad de una reacción penal cuando la norma persiga «la preservación de bienes o intereses que no estén constitucionalmente proscritos ni sean socialmente irrelevantes», y cuando además la pena sea «instrumentalmente apta para dicha persecución», necesaria y proporcionada en sentido estricto. «Desde la perspectiva constitucional sólo cabrá calificar la norma penal o la sanción penal como innecesarias cuando, a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador ... Y sólo cabrá catalogar la norma penal o la sanción penal que incluye como estrictamente desproporcionada cuando 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 136/1999, 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).

9. La fundamentación de los Autos de cuestionamiento sustenta la desproporción de la pena en tres argumentos:

a) El primero se refiere al juicio de necesidad y sostiene que sería suficiente desde un punto de vista preventivo la punición como falta de todas las coacciones leves. Con independencia de que lo determinante no es la calificación del ilícito, sino la cantidad y la calidad de la sanción, es lo cierto que frente a la justificación legislativa de «la especial incidencia» que tienen «las agresiones sobre las mujeres» en «la realidad española» (exposición de motivos I de la Ley Orgánica 1/2004), y entre ellas las constitutivas de violencia de género en el ámbito de la pareja, los Autos no exteriorizan los razonamientos lógicos o los datos empíricos no controvertidos que abonarían una «funcionalidad manifiestamente similar» de una pena más leve (por todas, STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 11).

b) Los otros dos argumentos se refieren al análisis de proporcionalidad estricta. El primero repara en la

diversidad y en la diversa gravedad de las coacciones, de modo que la pena que asigna el párrafo primero del artículo 172.2 CP para todas las coacciones leves allí descritas (del varón a la mujer que es o fue su pareja afectiva) depararía un exceso para las menos reprochables, que se acercan a lo socialmente aceptable. El segundo argumento de desproporción estricta toma como referencia comparativa la pena significativamente inferior que merecen las coacciones leves entre los sujetos vinculados por otras relaciones familiares y de guardia y custodia descritos en el art. 173.2 CP.

Ninguno de los dos argumentos puede prosperar hacia la declaración de inconstitucionalidad de la pena por desproporción. En primer lugar, porque orillan el desvalor específico de las coacciones descritas en el precepto cuestionado, que hace que puedan no reputarse nunca como banales y que puedan merecer un reproche penal mayor y diferenciado que las que se producen en cualesquiera otro tipo de relaciones. Procede recordar una vez más que resulta razonable la apreciación por parte del legislador de un desvalor añadido en las coacciones tipificadas en el párrafo primero del art. 172.2 CP a partir de «su significado social objetivo y de su lesividad peculiar para la seguridad, la libertad y la dignidad de las mujeres» (SSTC 59/2008, FJ 12; 45/2009, FJ 8). Este desvalor mayor es el que justifica una pena mayor y el que hace también que quepa incluso considerar que en las circunstancias que describe el precepto las coacciones leves no alcanzan nunca la liviandad propia de las faltas. Debe reseñarse además, en segundo lugar que la argumentación de los Autos se orienta en realidad a evaluar la calidad de la norma pero no su inconstitucionalidad a partir de los parámetros establecidos por la jurisprudencia constitucional, que, como ya se ha referido, centran la interdicción en la idea del «desequilibrio patente y excesivo».

Descartado pues que el párrafo primero del art. 172.2 CP se oponga al principio de igualdad en la Ley (FFJJ 3 a 5) o al principio de culpabilidad (FJ 6), o que su pena sea indeterminada (FJ 7), tampoco cabe ahora apreciar que la misma suponga un tratamiento desproporcionado del derecho a la libertad, por lo que la cuestión planteada debe ser desestimada.

## **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 las cuestiones de inconstitucionalidad núm. 7393-2006, 8198-2006, 6138-2007 y 6878-2008 en lo que se refiere a los párrafos segundo, tercero y cuarto del art. 172.2 CP.

2.º Desestimar las cuestiones en todo lo demás.

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

Dada en Madrid, a veintiséis de mayo de dos mil nueve. ?María Emilia Casas Baamonde. ?Guillermo Jiménez Sánchez. ?Vicente Conde Martín de Hijas. ?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 26 de mayo de 2009, dictada las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas núms. 7393-2006, 8198-2006, 6138-2007 y 6878-2008, planteadas por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete, respecto al art. 172.2 del Código penal en la redacción dada al mismo por el art. 39 de la Ley**

## **Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género**

Como Ponente de la Sentencia he asumido el papel de expresar el parecer del Pleno, que no el mío propio discrepante de aquel, por ello, ejercitando la facultad establecida en el art. 90.2 LOTC, formulo Voto particular para expresar mi personal parecer sobre el caso.

En la medida en que la actual Sentencia se funda en la aplicación al caso actual de la doctrina de la SSTC 59/2008, de 14 de mayo, 80/2008, de 17 de julio, y 45/2009, de 19 de febrero, de las que también discrepé formulando Voto particular, en lógica coherencia con mi posición precedente reitero aquí mi discrepancia, manifestando en todo caso mi respeto hacia los Magistrados de cuyo criterio me separo.

La clave esencial de todas las precedentes Sentencias aludidas en la actual, aunque se refieran a preceptos del Código penal diferentes (las dos primeras al art. 153.1, la tercera al 171.4 y la actual al 172.2) se cifra en el mayor desvalor de la conducta incriminada cuando es el varón el que la realiza, que cuando es realizada por una mujer en las circunstancias que el precepto indica y en el seno de la relación interpersonal a la que los preceptos cuestionados en cada caso se refieren.

En el Voto particular a las SSTC 59/2008, de 14 de mayo, expuse las razones que me llevaban a no aceptar ese proclamado mayor desvalor, razones a las que me remito en su integridad, dándolas aquí por reproducidas, y que incluso en este caso se intensifican, habida cuenta que, no sólo se trata de penalizar una misma conducta con diferente pena, sino incluso de considerarla en algún caso delito o falta según su autor.

Por lo expuesto considero que la cuestión de inconstitucionalidad debía haberse estimado, y declarada la inconstitucionalidad del precepto cuestionado.

Madrid, a veintiséis de mayo de dos mil nueve. ?Vicente Conde Martín de Hijas.?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. 7393-2006, 8198-2006, 6138-2007 y 6878-2008, sobre el art. 172.2 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 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.

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

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

¿Respetan estos principios el párrafo primero del art. 172.2 del Código penal? La posición que expreso en el presente Voto particular exige diferenciar tres niveles de enjuiciamiento, referidos a la compatibilidad de la

Constitución con una sanción agravada de la violencia de género, la constitucionalidad de la concreta fórmula empleada por el legislador en el art. 172.2 CP y los fundamentos que acoge la Sentencia para declarar la constitucionalidad del precepto cuestionado.

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

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

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

### 2. Problema de taxatividad que suscita la fórmula empleada por el legislador en el primer párrafo del art. 172.2 CP.

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

Sin embargo, en el art. 172.2 CP ese elemento finalista no se ha incorporado al texto finalmente aprobado por el legislador ¿y los trabajos parlamentarios permiten entender que tal omisión ha sido deliberada? por lo que el precepto, aplicado en sus propios términos, sólo atiende al hecho objetivo de que se coaccione, cualquiera que sea la causa y el contexto de dicha acción. Esta falta de identidad entre la redacción dada al precepto cuestionado y el propósito declarado por la Ley que lo introduce en el Código penal, genera una duda razonable acerca de cuál sea la conducta tipificada por el legislador, duda que ya por sí misma es incompatible con el imperativo de taxatividad ¿lex certa? que deriva del art. 25.1 CE, puesto que el principio de legalidad penal, cuando se proyecta sobre la función legislativa, obliga a configurar las leyes sancionadoras llevando a cabo el máximo esfuerzo posible para garantizar la seguridad jurídica, es decir, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones (por todas, STC 283/2006, de 9 de octubre, FJ 5).

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

Si nos adentramos en el verdadero sentido y alcance de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, se advierte que lo que se pretende combatir a través de la tutela penal que dispensa es un tipo de comportamiento social identificado como machismo, cuando se manifiesta, en este caso, a través de la coacción. Si lo que hubiera que someter a comparación fueran las coacciones que hombre y mujer pueden realizarse recíprocamente, ciertamente habría que concluir que el art. 172.2 CP lesiona el art. 14 CE. Pero si se advierte que lo sancionado es el sexismo machista (cuando se traduce en la conducta coactiva) es cuando se comprende que estamos ante un delito especial que sólo puede ser cometido por el varón y del cual sólo

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

Sin embargo, lo que a mi juicio resulta incompatible con el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) es la presunción adversa de que toda coacción cometida 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. 172.2 CP.

Esta cuestión capital sólo obtiene una respuesta elusiva en la Sentencia, cual es que «el legislador no presume un mayor desvalor en la conducta descrita de los varones ... lo que hace el legislador ... es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas» (FJ 6). Obsérvese que, para la Sentencia, no es el Juez quien en cada caso debe apreciar el desvalor o constatar la lesividad de la conducta, sino que es el legislador quien lo ha hecho ya. Lo cierto es que una lectura atenta o repetida de la Sentencia pone de manifiesto que, desde la perspectiva de la misma, el art. 172.2 CP contiene una definición de violencia de género que parte de entender, como dato objetivo, que los actos coactivos que ejerce el hombre sobre la mujer con ocasión de una relación afectiva de pareja constituyen siempre actos de poder y superioridad frente a ella, con independencia de cuál sea la motivación o la intencionalidad, porque lo relevante es que el autor inserta su conducta en una pauta cultural (FJ 6), lo que implica un especial desvalor de la acción, que justifica la punición agravada. En realidad, para la Sentencia, aunque formalmente lo niegue, el autor del referido delito debe ser sancionado con arreglo al plus de culpa derivado de la situación discriminatoria creada por las generaciones de varones que le precedieron, de cuyas consecuencias penales no puede desprenderse aun cuando la coacción cometida a motivos distintos o aunque su concreta relación de pareja no se ajuste al patrón sexista que se trata de erradicar.

A mi juicio, esta presunción es incompatible con los principios del Derecho penal moderno, que ha desarrollado criterios de atribución de responsabilidad «concretos», por el hecho propio y no por hechos ajenos. Entiendo que el principio de culpabilidad resulta infringido cuando indiscriminadamente se aplica el referido art. 172.2 CP a acciones que tengan su origen en otras posibles causas y, lo que es más grave, sin que conlleve la necesidad de probar que se ha actuado abusando de esa situación de dominación.

#### 4. La posición jurídica de la mujer como sujeto pasivo del delito tipificado en el art. 172.2 CP.

La Sentencia, quizá sin quererlo, se suma a un superado Derecho penal paternalista que promueve una concepción de la mujer como «sujeto vulnerable» que, por el solo hecho de iniciar una relación afectiva con un varón, incluso sin convivencia, se sitúa en una posición subordinada que requiere de una específica tutela penal, equiparada a la que el mismo art. 172.2 CP dispensa a toda «persona especialmente vulnerable». Este enfoque resulta inaceptable en la sociedad actual, que no admite el viejo rol de la mujer como «sexo débil» que históricamente le colocaba en una posición equivalente a la de los menores e incapaces, de quienes se presume una posición de debilidad sin posibilidad de prueba en contrario. Esta perspectiva resulta contraria al art. 10.1 de la Constitución, que consagra la dignidad de la persona como uno de los fundamentos de nuestro sistema constitucional y cuya noción se halla en la base del concepto de derechos fundamentales (STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 4), debiéndose recordar que la dignidad de la persona, que encabeza el Título I de la Constitución, constituye un primer límite a la libertad del legislador (STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 3).

No en vano todas las reformas penales realizadas desde la década de los años ochenta han procurado la apertura de los tipos penales a modalidades de comisión en las que el sexo de los sujetos no fuera relevante. Así, desde la reforma penal de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, no existe la agravante de «desprecio de sexo», justificándose su eliminación durante los debates parlamentarios de abril de 1983 en la necesidad de «acabar con el mito de la debilidad de la mujer» porque hombres y mujeres nacen y viven radicalmente

iguales en derechos, como proclama el art. 14 de nuestra Constitución y, como creo, es norma esencial ¿diría que de «orden público»? en cualquier ámbito de nuestro ordenamiento jurídico. Al tiempo, resulta profundamente injusto considerar que todas las mujeres tienen el mismo riesgo de opresión, como si sólo el sexo incidiera en el origen del maltrato, cuando lo cierto es que las condiciones socio-económicas desempeñan un papel que la Sentencia silencia.

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

Dejo constancia de mi posición en este Voto.

Madrid, a veintiséis de mayo 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 26 de mayo de 2009 dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm.7393-2006 y acumuladas**

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

Parto de la base de que la cuestión planteada ante este Tribunal por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete, sobre el art.172.2. del Código penal, en la redacción dada al mismo por el art. 39 de 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. 7393-2006 y acumuladas, en sentido contrario, remitiéndome al Voto particular que formulé en la cuestión de inconstitucionalidad 5939-2005.

En Madrid, a veintiséis de mayo de dos mil nueve. ¿Ramón Rodríguez Arribas. ¿Firmado y rubricado.