

**Pleno. Sentencia 45/2010, de 28 de julio de 2010. Cuestión de inconstitucionalidad 5003-2007. Planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete en relación con los artículos 148.4 y 153.1 del Código penal en la redacción de la Ley Orgánica 1/2004, 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: SSTC 59/2008 y 41/2010 (trato penal diferente en los delitos de maltrato y de lesiones).  
Votos particulares.**

**Organo Emisor:** Tribunal Constitucional

**Tipo de Norma:** Sentencia

**Fecha:** 2010-07-28 12:00:00

**Fecha de Publicacion en el BOE:** 2010-08-12 12:00:00

**Marginal:** 69359437

**TEXTO COMPLETO :**

**Pleno. Sentencia 45/2010, de 28 de julio de 2010. Cuestión de inconstitucionalidad 5003-2007. Planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete en relación con los artículos 148.4 y 153.1 del Código penal en la redacción de la Ley Orgánica 1/2004, 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: SSTC 59/2008 y 41/2010 (trato penal difer**

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

EN NOMBRE DEL REY

**la siguiente**

**SENTENCIA**

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5003-2007, planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete, respecto a los arts. 148.4 y 153.1 del Código penal en la redacción dada a los mismos por los arts. 36 y 37, respectivamente, de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Han comparecido el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente la Magistrada doña Elisa Pérez Vera, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El día 1 de junio de 2007 tuvo entrada en este Tribunal un escrito de la Magistrada del Juzgado de lo Penal núm. 2 de los de Albacete, registrado con el núm. 5003-2007, al que se acompaña Auto del mismo órgano jurisdiccional, de 9 de mayo de 2007, por el que se plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con los arts. 148.4 y 153.1 del Código penal (CP) por su posible contradicción con los arts. 1.1, 9.1, 9.2, 9.3, 10, 14, 17, 24.2 y 25.1 CE

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

a) Con fecha de 13 de septiembre de 2006, el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Albacete dictó Auto acordando la incoación de diligencias previas por un presunto delito de maltrato familiar. En segundo Auto dictado el mismo día, acordó el Juzgado orden de protección de la víctima, prohibiéndose al imputado acercársele a menos de 500 metros de la víctima durante la tramitación de la causa. En un tercer Auto dictado el 24 de noviembre de 2006, se acordó la prisión provisional del imputado. El Ministerio Fiscal formuló escrito de acusación contra el imputado por unos hechos que fueron calificados como un delito de maltrato familiar habitual del art. 173.2 y 3 CP y como un delito de lesiones del art. 148.4 CP. La acusación particular, por su parte, solicitó la condena por un delito de maltrato habitual del art. 173. 2 CP y por dos delitos de maltrato del art. 153.1 CP.

b) Recibidas las actuaciones por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete, se celebró la vista oral el 10 de abril de 2007, elevando a definitivas tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular sus conclusiones provisionales, con la solicitud añadida por parte de ésta de aplicación de la agravante de reincidencia. La defensa solicitó la libre absolución y, subsidiariamente, la aplicación de una atenuante muy cualificada de drogadicción.

c) Por providencia del citado Juzgado de 12 de abril de 2007, se acordó oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que pudieran alegar sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto a los arts. 148.4 y 153.1 CP por posible vulneración de los artículos de la Constitución ya reseñados. La representación del acusado se mostró favorable al planteamiento de la cuestión de constitucionalidad, oponiéndose, en cambio, el Ministerio Fiscal.

3. El Auto de planteamiento cuestiona la constitucionalidad de los arts. 148.4 CP y 153.1 CP, a partir de una interpretación de los mismos según la que el sujeto activo ha de ser necesariamente varón y el sujeto pasivo sólo puede serlo una mujer, dado el tenor literal de los preceptos y el común origen político-criminal que comparten, surgidos todos ellos, en su actual redacción, de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

Las dudas respecto de la constitucionalidad de los preceptos formuladas por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete se exponen en los Autos divididas en cuatro apartados:

a) En primer lugar, se plantea su posible contradicción con «el principio de igualdad, conectado con los valores de la dignidad de la persona y justicia (arts. 1.1, 10.1 y 14 CE)». Considera el órgano cuestionante que ambos preceptos suponen la introducción de una acción positiva que, válida en otros órdenes jurisdiccionales, no había sido hasta ahora llevada al ámbito penal, y ello con razón, pues supone la discriminación negativa del varón. La predeterminación del varón como sujeto activo y de la mujer como sujeto pasivo de los delitos regulados por tales preceptos conlleva un «Derecho Penal de autor frente al tradicional Derecho Penal del hecho». Por otra parte, el fundamento de dicha regulación, establecido en el art. 1.1 Ley Orgánica 1/2004, parte de introducir «una presunción iuris et de iure de ejercicio de violencia de género por parte de los hombres hacia sus parejas con base en meros criterios estadísticos», que lleva a un tratamiento discriminatorio en materia de penas al atribuir 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) En segundo término, los Autos aducen que también podría resultar vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, conectado con el principio de culpabilidad (art. 24.2 CE), debido a la presunción, sin posibilidad de prueba en contrario, 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, de 28 de diciembre, «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) En tercer lugar, el Juzgado sostiene que la referencia típica a las «personas especialmente vulnerables» que el art. 148.4, «por relación con el art. 148 CP, en su apartado 5» y el art. 153.1 CP, introducen, conforma un concepto jurídico indeterminado que se opone a la exigencia de *lex certa* y, con ello, al principio de legalidad (art. 25.1 CE). Asimismo, se entiende difícilmente compatible con el art. 25.1 CE la concreción que presenta el art. 153.1 CP en orden a la determinación del mínimo de la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento.

d) La última alegación se refiere al art. 9 CE y se desarrolla bajo la siguiente rúbrica: «Promoción de los poderes públicos de las condiciones para la libertad, la igualdad y seguridad jurídica. Interdicción de la arbitrariedad». Según el Auto de cuestionamiento, la promoción de las condiciones para la igualdad no sería posible a través de la pena, puesto que «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 conduciría por exceso a una discriminación negativa, puesto que, en este caso, no se partía de una situación de desigualdad ante la ley y ante la Administración de justicia. De igual modo, 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, al «principio de interdicción de la arbitrariedad».

En relación con este cuarto y último reproche, abunda la Magistrada del Juzgado núm. 2 de Albacete en que la diferencia establecida en función del sexo de los sujetos activo y pasivo en los citados tipos penales conlleva consecuencias jurídicas tanto en relación a la pena imponible como por lo que respecta a la posibilidad de aplicar alternativas a la prisión. Por un lado, la penalidad prevista para el subtipo agravado recogido en el art. 148.4 CP es de dos a cinco años de prisión, frente a la que corresponde al tipo básico, que va desde los seis meses hasta los tres años de prisión. Por otro lado, en virtud del art. 88.1 CP la pena de prisión sólo podrá ser sustituida por la de trabajos en favor de la comunidad y no por la de multa, y al autor se le impondrá prescriptivamente la sujeción a programas específicos de reeducación, así como la prohibición de acudir a determinados lugares y de aproximarse a la víctima. De igual modo, la suspensión de la pena en delitos por violencia de género se acompaña también de modo imperativo de las citadas condiciones, conllevando su incumplimiento automáticamente su revocación (art. 83.1.6 CP).

A continuación, se procede a formular el juicio de relevancia, considerando que de las pruebas practicadas en el acto del juicio oral se infieren unos hechos a los que les sería aplicable tanto el art. 148.4, pues las lesiones sufridas en septiembre de 2007 requirieron tratamiento médico, como el art. 153.1 CP por los actos cometidos en mayo de 2006, resultando imponible una pena de prisión cuyo mínimo de dos años por el delito del art. 148.4 CP ¿a diferencia de en el caso en que, ante idénticas circunstancias, el sujeto activo hubiera sido una mujer y la víctima el hombre, en el que sería aplicable una pena mínima de seis meses?, y una pena de prisión de al menos seis meses, frente a la de tres meses que correspondería a la mujer si ésta fuera la autora del hecho.

Finalmente, en el Auto se argumenta que no cabe una interpretación conforme a la Constitución de las disposiciones impugnadas como posible límite de la duda de inconstitucionalidad. El intento de enlazar el tenor de tales preceptos con lo dispuesto en el art. 1.1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, no sólo sería muy forzado sino que, en cualquier caso, no superaría las barreras de inconstitucionalidad. Por un lado, exigir para la aplicación de ambas figuras delictivas la concurrencia de un elemento subjetivo del injusto consistente en que el autor del delito (en todo caso, varón), actúe «en manifestación de la discriminación» y «de las relaciones de poder» en relación al sujeto pasivo (mujer) supondría «someter a una violencia extrema a la norma penal», y por tanto cuestionable desde los principios de legalidad y taxatividad de las normas penales. Por otro lado, aun cuando tal exégesis de la disposición pudiera excluir del supuesto

de hecho los casos en los que no se llegara a probar tal ánimo discriminatorio, salvando, por tanto, el principio de presunción de inocencia, no permitiría excluir el reproche relativo al principio de igualdad, ya que el precepto cuestionado nunca se aplicaría si el sujeto activo fuese mujer y la víctima varón. En suma, el órgano cuestionante concluye que «la única posibilidad de eliminación de la duda sobre la constitucionalidad de la norma vendría dada por la eliminación de cualquier referencia al sexo de los sujetos como criterio cualificativo de la agravación».

4. Por providencia de 6 de noviembre de 2007, el Pleno del Tribunal Constitucional, a propuesta de la Sección Cuarta, acordó admitir a trámite la cuestión que sobre la constitucionalidad de los arts. 148.4 y 153.1 CP ha planteado el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete, así como dar traslado de las actuaciones recibidas, de conformidad con el art. 37.2 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia, y al Fiscal General del Estado al objeto de que en el plazo de quince días pudieran personarse en el proceso correspondiente y formular las alegaciones que tuvieran por convenientes. En la misma resolución se acordó publicar la incoación de las cuestiones en el «Boletín Oficial del Estado».

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

De igual modo, el Presidente del Congreso de los Diputados ha comunicado el Acuerdo de la Mesa de la Cámara de personarse en el procedimiento, poniendo a disposición del Tribunal las actuaciones que pudiera precisar.

6. El Abogado del Estado se personó en nombre del Gobierno, solicitando en su escrito de alegaciones que se dicte Sentencia que desestime la cuestión planteada.

Comienza sus alegaciones el Abogado del Estado haciendo notar que la argumentación del Auto de cuestionamiento se basa en la incorporación prácticamente reproducida de las consideraciones efectuadas por el mismo Juzgado en los numerosos Autos en los que ha planteado la inconstitucionalidad de esos dos preceptos, denunciando las mismas infracciones constitucionales.

Expuesto lo anterior, rechaza, en primer lugar, el reproche de discriminación y vulneración del derecho a la igualdad. Entiende que los preceptos cuestionados no introducen una discriminación positiva en beneficio de las mujeres, sino que tratan de hacer frente a un problema social otorgando una tutela penal más intensa a las mujeres y otras personas vulnerables, entre las que pueden encontrarse personas de género masculino. El Auto parte de una fragmentación indebida el texto del art. 148.4 CP, que debe considerarse en su correlación con la agravación en casos de «víctima especialmente vulnerable» que establece el apartado siguiente del art. 148 CP. Si se hace una lectura conjunta de ambos apartados, el reproche de discriminación pierde sentido, porque lo relevante deja de ser el sexo de agresor o víctima para serlo la particular situación de la víctima en el caso concreto.

Además, entiende que hay una cierta contradicción en el Auto de planteamiento cuando hace depender la alegada discriminación hacia el varón de una lectura separada de los elementos del sexo y la vulnerabilidad, recogidos por ambos apartados citados del precepto, mientras que la también alegada lesión de la dignidad de la mujer se fundamenta precisamente en la agrupación de ambos elementos, en la medida en que lo que se denuncia es que el legislador presuponga la vulnerabilidad de la mujer en cuanto tal.

Más en general, manifiesta que la finalidad que presiden estos preceptos, tal como aparece en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2004, es evitar una actuación discriminatoria contra las mujeres por el hecho de serlo, y está basada en estimaciones empíricas difícilmente soslayables.

Discrepa también el Abogado del Estado sobre la alegada contradicción de los preceptos con el derecho a la

presunción de inocencia (art. 24.2 CE). Lo que el Juzgado estima como una presunción no es sino una opción político-criminal del legislador. La violencia doméstica ¿tal como afirma el art. 1 de la Ley Orgánica 1/2004? es manifestación de una actitud discriminatoria y desigualitaria, pero esa actitud no es exigida como un elemento específico del tipo, que se construye al margen de que pueda apreciarse una determinada actitud. El art. 1 de la Ley Orgánica 1/2004 no ha pasado a integrar propiamente los tipos penales, sino que constituye la explicación de la opción legislativa adoptada.

Por otra parte, destaca que los argumentos que abonan la denunciada incompatibilidad de los tipos penales cuestionados con el art. 25.1 CE no guardan relación alguna con dicho precepto, dado que la referencia a la «persona especialmente vulnerable» no forma parte del art. 148.4 CP sino del apartado siguiente del art. 148 CP, lo que por otra parte supone reconocer una cierta interconexión intrasistemática entre el apartado 4 y el 5 del precepto que antes se había negado.

7. En su escrito de alegaciones, el Fiscal General del Estado manifiesta que el Auto dictado por la Magistrada titular del Juzgado núm. 2 de Albacete coincide con el dictado en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 8202-2005, planteada por la misma Magistrada y en relación con la misma norma, por lo que, para evitar reiteraciones, da por reproducido el escrito de alegaciones presentado en dicho procedimiento.

8. Mediante providencia de fecha 28 de julio de 2010 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 28 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. El Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete cuestiona en este proceso la constitucionalidad de los arts. 148.4 y 153.1 del Código penal (CP), en la redacción dada a los mismos por los arts. 36 y 37 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, por entender que infringen los arts. 1.1, 9.1, 9.2, 9.3, 10, 14, 24.2 y 25.1 de la Constitución al establecer una discriminación por razón de sexo que se derivaría de la definición de los sujetos activo (varón) y pasivo (mujer) inherente a los preceptos cuestionados y de la diferencia de trato punitivo que ello supone en relación con la misma conducta cuando el sujeto activo es una mujer y el pasivo un hombre con la misma relación entre ellos que la descrita en los tipos penales cuestionados (conyugal o análoga relación de afectividad, sea en ambos casos presente o pretérita). Tanto el Fiscal General del Estado como el Abogado del Estado interesan la desestimación.

El artículo 153.1 CP dispone lo siguiente: «El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado 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 para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.»

Por su parte, el apartado cuarto del art. 148 CP establece que las «lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado y al riesgo producido ... [s]i la víctima fuere o hubiese sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.»

2. Antes de abordar el examen de la cuestión de fondo, debemos descartar a limine el análisis sobre la alegada conculcación del derecho a la legalidad (art. 25.1 CE) que el órgano cuestionante atribuye a ambos

preceptos, referida a la contradicción de la expresión «persona especialmente vulnerable» con el mandato de determinación. Ello porque, al igual que afirmáramos en la STC 81/2008, de 17 de julio, FJ 2, tampoco en el presente Auto se hace mención alguna acerca de la aplicabilidad de tal modalidad de sujetos pasivos del delito ¿diferenciada claramente en el art. 153.1 CP de la esposa, o mujer vinculada al autor por análoga relación de efectividad? al caso concreto objeto del proceso penal, no constando, por ello, la relevancia que para la resolución del proceso presenta la norma cuestionada (art. 35.1 LOTC). Y por lo que respecta al art. 148.4 CP, tal expresión no forma parte del precepto cuestionado, sino del apartado siguiente ¿el 5 del art. 148 CP?, que, de modo independiente de la anterior, establece una agravación facultativa para personas que reúnan tal particular circunstancia y que convivan con el autor, agravación cuya constitucionalidad ni ha sido cuestionada ni, en todo caso, puede considerarse relevante al no ser aplicable al concreto caso enjuiciado.

Por las mismas razones debe inadmitirse la segunda vertiente de la alegada vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), relativa a la falta de concreción, en el art. 153.1 CP, del límite mínimo de la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o custodia, pues tampoco se efectúa argumentación alguna sobre su relevancia para la resolución del proceso, debiendo ponerse de relieve, en este sentido, que ninguna de las acusaciones solicitó la imposición de dicha pena, siendo ello un requisito insoslayable para su aplicación por el órgano judicial (STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 6).

3. Sentado lo anterior, para dar respuesta a la cuestión que ahora se nos presenta bastará con remitirnos a pronunciamientos de este Tribunal en los que se ha dado respuesta a las dudas de constitucionalidad planteadas. Concretamente, las SSTC 59/2008, de 14 de mayo, o 81/2008, de 17 de julio, entre otras, que analizan la constitucionalidad del primer inciso del art. 153.1 CP, precepto que recoge el delito de maltrato ocasional, y la reciente STC 41/2010, de 22 de julio, que desestima la cuestión de inconstitucionalidad interpuesta sobre el art. 148.4 CP. Tales Sentencias ¿junto a otras que igualmente se han ocupado sobre la constitucionalidad de diversos preceptos penales incorporados al Código penal, como los que ahora nos ocupan, por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género de distintos, tales como la STC 45/2009, de 19 de febrero, en el que la posible objeción de constitucionalidad se dirigía al art. 171.4 CP, sobre el delito de amenazas leves; o la STC 127/2009, de 26 de mayo, que responde a las dudas planteadas respecto del delito de coacciones leves recogido en el art. 172.2 CP? resuelven, en efecto, las dos dudas centrales de constitucionalidad que ahora formula la Magistrada del Juzgado núm. 2 de Albacete: la primera es si los preceptos cuestionados incorporan un tratamiento punitivo diferente de la misma conducta en función del sexo de los sujetos activo y pasivo que sería contrario al art. 14 CE y, por extensión, a los arts. 1.1, 9 y 10.1 CE; y la segunda es si contienen una presunción contraria al derecho a la presunción de inocencia y al principio de culpabilidad consistente en que las agresiones de los hombres a las mujeres que son o fueron su pareja constituyen una manifestación de discriminación.

4. Para resolver la primera de las dudas, las citadas resoluciones acogen el canon derivado del principio general de igualdad y no el de prohibición de discriminación por razón de sexo, por cuanto «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, de 14 de mayo, FJ 7; 41/2010, de 22 de julio, FJ 5 b); en idéntico sentido, SSTC 45/2009, de 19 de febrero, FJ 3; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 3]. Ello exige verificar sucesivamente que las normas que incorporan la diferenciación persigue un fin legítimo, que el establecimiento de ese tratamiento diferenciado resulta adecuado para la satisfacción del citado fin y que las consecuencias que se derivan de la diferencia superan un control de proporcionalidad (SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 7; 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4).

a) En relación al primero de los parámetros de enjuiciamiento, el referido a la legitimidad de las normas, de la lectura de la exposición de motivos y del articulado de la Ley Orgánica 1/2004, se deduce la finalidad principal de los preceptos cuestionados 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» [SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 7; 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4; 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4; y 41/2010, de 22 de julio, FJ 6 a)]; pues bien, «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» [SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 7; 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4; 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4; y 41/2010, de 22 de julio, FJ 6 a)].

b) En segundo lugar, la diferenciación normativa establecida en ambos preceptos puede considerarse funcional o adecuada para la consecución del fin perseguido, porque, de acuerdo con nuestra doctrina, «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» (SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 9; 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4; 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4; y 41/2010, de 22 de julio, FJ 7).

c) Y por lo que respecta al tercer criterio de análisis, procede igualmente rechazar que los arts. 153.1 y 148.4 CP conduzcan a consecuencias desproporcionadas incompatibles con el principio de igualdad. Así, en relación con el art. 153.1 CP, hemos manifestado que «[a] la vista de su poca entidad ?tres meses de privación de libertad en el límite inferior de la pena y una pena potestativa de inhabilitación que en el art. 153.1 CP es superior en dos años en su límite máximo, pero inferior en seis meses en su límite mínimo?, tampoco cabe apreciar que la diferencia de penas de las normas comparadas entrañe una desproporción que conduzca por esta vía a la inconstitucionalidad ex principio de igualdad del artículo cuestionado, máxime si se repara en que esta pena de prisión diferenciada en su límite mínimo es alternativa a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, igual en ambos tipos, y en que el art. 153.4 CP incorpora como opción de adaptación judicial de la pena a las peculiaridades del caso el que la pena del art. 153.1 CP pueda rebajarse en un grado "en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho", en previsión ciertamente aplicable también al art. 153.2 CP» (STC 81/2008, de 17 de julio, FJ 3, siguiendo a la STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 10). A ello debe añadirse 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 (STC 81/2008, FJ 3).

De igual modo se ha manifestado la STC 41/2010, de 22 de julio, sobre el art. 148.4 CP, entendiendo que la agravación que supone la pena mínima de dos años de prisión con respecto a la mínima de seis meses de prisión que prevé el tipo básico, recogido en el art. 147.1 CP, y la máxima de cinco años con relación a la correspondiente del tipo básico, cifrada en tres años, no genera como consecuencia un «desequilibrio patente y excesivo o irrazonable». Dicha conclusión se funda en tres argumentos (FJ 9). En primer lugar, la finalidad de la diferenciación, dirigida a la protección de la libertad de las mujeres, que el legislador entiende insuficientemente protegida en el ámbito de las relaciones de pareja, y a luchar contra la desigualdad de las mujeres en dicho ámbito (SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FFJJ 8 y 10; 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4).

En segundo lugar, el apartado 5 del art. 148, al establecer la misma pena para los casos en que la víctima sea «persona especialmente vulnerable», permite equiparar penalmente a las lesiones realizadas por el varón hacia quien es o fue su pareja femenina otras lesiones graves acontecidas en el seno de tales relaciones de pareja en las que el sujeto pasivo no haya de ser necesariamente una mujer, (SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 10; 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4).

En tercer lugar, la agravación recogida en el art. 148.4 CP es de aplicación facultativa para el órgano judicial, debiendo atenderse para ello «al resultado causado y al riesgo producido», lo que exige, junto al requisito de que la víctima sea mujer que sea o haya sido pareja del autor, que los hechos expresen un injusto cualificado, un mayor desvalor derivado ya de la intensidad del riesgo generado por la acción del autor, ya de la gravedad del resultado causado. En este sentido, la mayor gravedad de la pena en el precepto cuestionado no vendría dada exclusivamente por la existencia presente o pasada de una relación de pareja entre el sujeto activo hombre y la mujer, sino por la concurrencia añadida de una particular gravedad de la conducta para el bien jurídico protegido, pudiendo optar el juzgador por no imponer la agravación si, aun estando ante un supuesto de violencia de género, no se aprecia tal particular intensidad lesiva en el riesgo o en el resultado (STC 41/2010, de 22 de julio, FJ 9).

5. Tal conclusión ha de extenderse a las restantes alegaciones referidas al diferente tratamiento que las normas concernidas dispensan a hombres y mujeres. De una parte, los argumentos anteriormente formulados permiten despejar la alegada conculcación del art. 9 CE, y ello tanto por lo que se refiere a la supuesta «discriminación positiva» de la mujer respecto del varón, como por lo que respecta a la vulneración del principio de seguridad jurídica a raíz del carácter supuestamente discriminatorio del precepto impugnado [STC 41/2010, de 22 de julio, FJ 10 a)]. De otra parte, por lo que respecta al valor de la dignidad de la persona debemos reiterar que los preceptos cuestionados no catalogan a la mujer como persona especialmente vulnerable, ni presumen que lo sea. Y tampoco contienen consideración alguna acerca de la mayor agresividad de los hombres o de ciertos hombres. Proceden, 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» [SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 9; 127/2009, de 26 de mayo, FJ 5; 41/2010, de 22 de julio, FJ 10 a)].

6. Por último, no podemos compartir que la previsión normativa analizada desconozca el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y el principio de culpabilidad, puesto que, frente a lo alegado en los Autos de promoción de estas cuestiones, los preceptos cuestionados no acogen la presunción legislativa de que en las agresiones del hombre hacia quien es o ha sido su mujer o su pareja femenina afectiva concurre una manifestación de discriminación, sino que, tal y como hemos señalado en relación con otros preceptos penales cuyo origen se encuentra en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, «[l]o que hace el legislador, y lo justifica razonablemente, es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas» (SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 11; 81/2008, de 17 de julio, FJ 4; 127/2009, de 26 de mayo, FJ 6; 41/2010, de 22 de julio, FJ 11).

De igual modo, tampoco cabe considerar que se castigue al concreto autor por hechos cometidos por otras personas, al modo de una culpa colectiva, ni puede compartirse la alegación relativa a que la medida penal



cuestionada es propia de un «Derecho penal de autor». Tal como afirmamos en la STC 59/2008 para rechazar idéntica alegación, «que en los casos cuestionados el legislador haya apreciado razonablemente un desvalor añadido, porque el autor inserta su conducta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas y porque dota así a su acción de una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa, no comporta que se esté sancionando al sujeto activo de la conducta por las agresiones cometidas por otros cónyuges varones, sino por el especial desvalor de su propia y personal conducta: por la consciente inserción de aquélla en una concreta estructura social a la que, además, él mismo, y solo él, coadyuva con su violenta acción» (FJ 11; en idéntico sentido, STC 41/2010, de 22 de julio, FJ 11).

## 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 la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5003-2007.

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

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

Voto particular que formula el Magistrado don Javier Delgado Barrio respecto de la Sentencia de 28 de julio de 2010, dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5003-2007 y al que se adhiere don Vicente Conde Martín de Hijas

La indicada Sentencia reitera la doctrina establecida por este Tribunal a partir de 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 en este es mi parecer, del que dejo constancia con el máximo respeto a mis compañeros.

Madrid, a veintiocho de julio de dos mil diez. ?Javier Delgado Barrio. ?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 la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5003-2007, sobre los arts. 153.1 y 148.4.º 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, que se remite a la doctrina fijada en las SSTC 59/2008, de 14 de mayo; 45/2009, de 19 de febrero; y 127/2009, de 26 de mayo, a las que formulé voto particular («Boletines Oficiales del Estado» de 4 de junio de 2008, 14 de marzo de 2009 y 20 de junio de 2009); así como a la STC 41/2010, de 22 de julio, pendiente de publicación.

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 ciertos aspectos, desarrollados en los Votos particulares, que ahora sintetizo:

a) La falta de identidad entre la redacción dada a los preceptos cuestionados y el propósito declarado por la

Ley que los 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) 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 y el art. 148.4.º lesionan el art. 14 CE. Pero si se advierte que lo sancionado es el sexismo machista traducido en maltrato 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 los arts. 153.1 y 148.4 CP lesionen 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 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 de los arts. 153.1 y 148.4.º 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 aplican los referidos preceptos 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.

c) 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 y el art. 148.5 CP dispensan 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.

Madrid, a veintiocho de julio de dos mil diez. ¿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 28 de Julio de 2010 dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5003-2007

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 lo siguiente:

La indicada Sentencia reitera la doctrina establecida por este Tribunal a partir de 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.

Madrid, a veintiocho de julio de dos mil diez. ¿Ramón Rodríguez Arribas-Firmado y rubricado.