SENTENCIA 77/2010, de 19 de octubre (BOE núm. 279, de 18 de noviembre de 2010)

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

EN NOMBRE DEL REY la siguiente SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 3508-2008, planteada por la Magistrada del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia, en relación con el art. 171.4 del Código penal en la redacción dada al mismo por el art. 38 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, y del 173.2 y 173.3 in fine del Código penal en su redacción otorgada por Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre. Han intervenido y formulado alegaciones el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Eugeni Gay Montalvo, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El día 13 de mayo de 2008 fue registrado en este Tribunal un escrito, fechado el 5 de mayo de 2008, remitido por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia, al que se acompañó testimonio del procedimiento de diligencias urgentes núm. 255-2007, así como Auto del mismo órgano jurisdiccional, de 15 de febrero de 2008, por el que se planteó cuestión de inconstitucionalidad respecto de los arts. 171.4, 173.2 y 173.3 in fine del Código penal por su posible contradicción con los arts. 9.3, 10.1, 14, 17.1, 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 17 de abril de 2007 el Juzgado de Violencia Sobre la Mujer núm. 1 de Murcia dictó Auto acordando la incoación de diligencias urgentes núm. 255-2007 al apreciar que los hechos referidos en el atestado policial reunían, en principio, las circunstancias mencionadas en el art. 795 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrím).

b) Ese mismo día el Juzgado celebró la comparecencia prevista en el art. 798 LECrím, en la que se dictó Auto acordando continuar la tramitación de las diligencias según lo establecido en los

arts. 800 y 801 LECrim, y proceder seguidamente a dar traslado al Fiscal y partes personadas para que se pronunciaran sobre la apertura del juicio oral o, en su caso, el sobreseimiento. Acto seguido el Fiscal y la acusación particular solicitaron la apertura del juicio oral. Por el Magistrado-Juez se dictó Auto de apertura del juicio oral y se emplazó al Ministerio Fiscal para que presentara escrito de acusación.

c) El Fiscal formuló en el mismo acto escrito de acusación, al que se adhirió la acusación particular, por unos hechos que fueron calificados como dos delitos de lesiones en el ámbito familiar del art. 153.1 del Código penal (CP); un delito de amenazas del art. 171.4 CP y un delito de violencia habitual del art. 173.2 CP. A continuación se concedió a la defensa del acusado el plazo de cinco días para que presentara escrito de defensa.

d) Por sendas diligencias del Secretario Judicial dictadas el día 18 de abril de 2007 se señaló la celebración del juicio el día 2 de mayo de 2007 y se acordó remitir el procedimiento al Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia. Recibidas las actuaciones, el Juzgado de lo Penal núm. 4 dictó Auto el 23 de abril de 2007 admitiendo las pruebas propuestas por las partes.

e) El día señalado para la celebración del juicio, abierta la sesión, el Ministerio Fiscal modificó sus conclusiones, solicitando por los dos delitos de lesiones y un delito de amenazas tres penas de cincuenta días de trabajos en beneficio de la comunidad, haciendo extensiva la medida de alejamiento en los mismos términos solicitados a los hijos de la denunciante. Por el delito de violencia habitual interesó la pena de ocho meses de prisión, extendiéndose el alejamiento a los hijos de la denunciante. La acusación particular se adhirió a dichas conclusiones modificadas. El acusado y su letrado manifestaron su conformidad con las penas y las responsabilidades solicitadas, dándose por terminado el juicio.

f) El Juzgado de lo Penal núm. 4 dictó providencia el 3 de mayo de 2007 acordando dar traslado al Ministerio Fiscal y a las partes para que, conforme a lo previsto en el art. 35.2 LOTC, en el plazo común e improrrogable de diez días, alegaran lo que estimasen conveniente sobre el posible planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 171.4 CP, por posible vulneración del principio de proporcionalidad penal (citando los arts. 25, 17.1, 9.3, 24.2 y 53 CE), del principio de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), y de los derechos a la igualdad (art. 14 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE); del art. 153.1 CP por posible vulneración del principio de la dignidad de la persona (art. 10 CE), de los derechos a la igualdad (art. 14 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE); y del art. 173.2 CP por posible vulneración del derecho a no ser enjuiciado dos veces por los mismos hechos (art. 25.1 CE).

g) La representación del acusado consideró pertinente el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, mediante escrito presentado el 18 de mayo de 2007. La representación de la acusación particular, mediante alegaciones escritas formuladas el 21 de mayo de 2007, manifestó su disconformidad con el cuestionamiento.

h) Finalmente, la cuestión de inconstitucionalidad fue promovida mediante Auto de 15 de febrero de 2008.

3. El Auto de planteamiento cuestiona el art. 171.4 del Código penal en la redacción dada al mismo por el art. 38 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, y el art. 173.2 CP en su redacción otorgada por Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre. El primer precepto, desde la perspectiva de la Magistrada, infringiría los arts. 9.3, 10, 14, 17.1, 24.2 y 25 de la Constitución Española y el segundo precepto contravendría el art. 25.1 CE.

a) Inicia el planteamiento de la cuestión relativa al art. 171.4 CP, exponiendo la relevancia de la constitucionalidad de la norma para la decisión del caso, partiendo de los hechos probados y de la calificación de los mismos. Posteriormente efectúa un detallado estudio de los precedentes legislativos hasta la redacción dada al art. 171.4 CP por el art. 38 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre. Centrándose en dicho precepto, tras delimitar el ámbito subjetivo, objetivo y las consecuencias punitivas del mismo, indica que la duda se suscita en relación con el primer párrafo y no con el segundo.

b) Considera el Auto, en primer lugar, que el art. 171.4 CP cuestionado puede vulnerar el principio de proporcionalidad, con infracción de los arts. 17.1, 9.3 y 25 CE. Invoca para ello la doctrina de las SSTC 55/1996, de 28 de marzo, 161/1997, de 2 de octubre, y 136/1999, de 20 de julio, y subraya la diferencia del presente precepto con el que fue analizado en el ATC 233/2004, de 7 de junio (art. 153 CP en la redacción dada por la Ley Orgánica 11/2003), pues se consideran delito, y con pena más grave, todas las amenazas leves de un círculo más reducido de personas.

La finalidad de la norma es la protección de un bien, la libertad del individuo como libertad de motivación, como derecho a que, en los procesos de formación de su voluntad, no se interpongan presiones intolerables más allá de lo socialmente admitido, y que no pueda calificarse como constitucionalmente proscrito o socialmente irrelevante. Es dudoso, sin embargo, que se respete el principio de proporcionalidad estricto, al suprimirse la posibilidad de castigar las amenazas leves como falta, lo que tendría proyección en la generación o no de antecedentes penales –con las consecuencias en múltiples actividades de la vida laboral o profesional–, la reincidencia o la habitualidad, en orden a la suspensión de la pena. La mayor frecuencia de la violencia en este tipo de relación no justifica una mayor punición.

Por lo demás, carece de razonabilidad la selección de supuestos que han sido agravados, pues al ser la convivencia irrelevante, no cabe su justificación a través de la protección de la paz doméstica como bien jurídico. Tampoco considera justificado que la amenaza leve sin armas de un padre a su hija, especialmente vulnerable, no supere la calificación de falta, de no existir convivencia, y sin embargo dicha agresión ha podido verse motivada por el género. En este sentido de no existir una especial vulnerabilidad de la hija y mediar convivencia, una amenaza a la hija, aun con tintes discriminatorios, sería constitutiva de falta. Tales diferencias carecen de respaldo en el concepto de violencia de género difundido en el ámbito internacional. Entiende que las personas no se convierten en vulnerables por mantener una relación conyugal o análoga, por lo que no comprende el porqué del trato diferenciado con otras relaciones, sobre todo cuando no se exige convivencia. La justificación del precepto por motivaciones de género se

entiende que exigiría una reestructuración total de los tipos, para hacer extensiva la sanción penal a otras relaciones o conductas en las que pudiera estar presente. Considera discutible que dicho precepto sea eficaz desde el punto de vista de la prevención general. En el caso de amenazas leves ocasionales no se constata el proceso de dominación–sumisión. La intervención penal sobre conductas menos graves relativiza la respuesta penal en delitos mas graves y supone una desviación de recursos. En concreto, “en relación con el juicio de proporcionalidad estricto y considerando la falta de justificación de la selección del círculo de sujetos respecto del delimitado por el art. 173.2 CP, la única solución que se entiende que satisfaría las exigencias del principio cuya posible vulneración se plantea, sería el mantenimiento de un régimen punitivo idéntico para todos los sujetos comprendidos en dicho precepto, de manera que las amenazas leves con armas o instrumentos peligrosos se castigasen como delito y las restantes amenazas leves, como falta, con una agravación específica, pero sin superar esta calificación, estimándose de todo punto insuficientes ... las alternativas en el precepto cuestionado o la flexibilidad que ampara el art. 171.6 CP”.

c) Entiende que el art. 171.4, párrafo primero, vulnera el art. 14 CE, al incurrir en discriminación por razón de sexo que dimana de la definición de los sujetos activo y pasivo. Cita en tal sentido la doctrina de este Tribunal atinente al mandato genérico de igualdad ante la ley.

Comienza su argumentación la Magistrada constatando la diferencia de trato punitiva del precepto por razón del sexo del sujeto pasivo, y las consecuencias inherentes a dicha distinción, en orden al tipo de pena, a los antecedentes penales y a la suspensión de la pena. A continuación considera que la llamada “acción positiva” no justificaría la medida penal más gravosa por la diferenciación sexual de los sujetos, pues en el ámbito penal no existiría un desequilibrio previo o una escasez de bienes para la mujer. Tampoco podría caracterizarse el nuevo tipo como una fórmula de reparación colectiva por pretéritas discriminaciones sufridas por las mujeres como grupo social, pues “se traduciría en la imputación a cada acusado varón de una responsabilidad como representante o heredero del grupo opresor”, lo que “chocaría frontalmente con el principio de culpabilidad”. Por último examina el juicio de proporcionalidad entre la medida adoptada y el resultado producido. Niega que el mero dato estadístico relativo a que la mayoría de los agresores sean varones –común con muchos otros tipos delictivos– sea suficiente para justificar la diferenciación. A tal efecto cita la STEDH de 28 de junio de 1985, en el caso Abdulaziz, Cabales y Balkandali. Indica que tampoco puede serlo el que concurra en las conductas tipificadas un abuso de superioridad del autor, una situación de vulnerabilidad de la víctima mujer o una conducta discriminatoria, pues “se trataría de presunciones legales ajenas a la exigencia de prueba en el caso concreto, derivadas únicamente del sexo respectivo de autor y víctima, de la naturaleza de la conducta objetiva y del tipo de relación entre los sujetos”.

La justificación a través del entendimiento de un ánimo discriminatorio implícito en el tipo encuentra, como primer obstáculo, el de su propia construcción, con riesgo para los principios de seguridad jurídica y legalidad, pues en el tipo no se contiene la expresión “violencia de género”, y como segundo obstáculo, en cualquier caso, la limitación de la agravación por discriminación a las conductas de los varones.

Tras destacar que la preocupación por la neutralidad sexual en la descripción de los tipos penales ha sido una constante en la política criminal española desde la aprobación de la Constitución, argumenta que la selección de tipos en los que se procede a la diferenciación no parece objetiva y razonable. El Auto finaliza con una recapitulación de su segundo bloque argumentativo: existe una diferencia de trato en función del sexo del sujeto activo y pasivo del delito que no encuentra justificación en un criterio objetivo suficientemente razonable. No lo es el de la prevención general ni el de la acción positiva, pues la norma no tiene naturaleza promotora; tampoco se encuentra en la protección de la igualdad, a la que se podía haber procedido sin discriminación del sexo de los sujetos, ni selección arbitraria de tipos, ni presunción de móvil discriminatorio.

d) Posteriormente pasa a exponer las dudas de constitucionalidad que le plantea el art. 173.2 CP. Parte del relato de hechos aceptados por las partes, examina su calificación jurídica tomando en consideración la jurisprudencia que define el término “habitualmente”, y concluye que desde las posibilidades de control de la conformidad que ofrece el art. 787 de la Ley de enjuiciamiento criminal, no es posible el rechazo de la conformidad. Precisa que se cuestiona el art. 173.2 CP en el inciso “sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica”, y, por extensión, del art. 173.3 CP en su inciso “con independencia de ... que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores”, según redacción otorgada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, por vulnerar el principio non bis in idem. Examina la evolución legislativa del precepto cuestionado, reproduce en su literalidad los arts. 153, 171.4, 5 y 6 y 173.2 y 3 CP, y efectúa un estudio comparativo de los mismos en relación a los sujetos activos y pasivos, las conductas típicas, y el bien jurídicamente protegido. En este punto considera que “el bien jurídico protegido es, aparentemente, distinto”, concretando que la reforma operada por la Ley Orgánica 11/2003, “pretendía destacar un bien jurídico autónomo”, si bien entiende que existe un solapamiento entre los delitos en los que se concretan los actos violentos y el delito de hábito.

A fin de justificar la contradicción de los indicados incisos del art. 173.2 y 3, comienza por la cita de diversas Sentencias del Tribunal Constitucional concernientes al principio infringido, deteniéndose en un exhaustivo análisis de la STC [188/2005](#), y de su Voto particular, en la que se sustenta para exponer su deber de plantear la inconstitucionalidad de tales incisos, al apreciar en el presente caso identidad de hechos en los diversos delitos y la no exigencia por el precepto cuestionado de la inclusión de hechos nuevos. Aduce que sería posible argumentar que la reiteración de actos violentos en las relaciones domésticas, integrando el concepto de habitualidad, vulnera un bien jurídico específico, una difuminada paz doméstica o “la integridad moral de algunos miembros de esa comunidad”, pero lo que cuestiona es que la protección de esos bienes personalísimos genéricos, agravada por la pertenencia a esa comunidad o relación de los sujetos sea compatible con la protección autónoma y sobre la base de los mismos hechos, de esa comunidad o relación, por tratarse de conductas habituales.

4. Mediante providencia de 27 de enero de 2009, el Pleno de este Tribunal acordó admitir a trámite la cuestión, así como dar traslado de las actuaciones recibidas, de conformidad con el art. 37.2 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia, y al Fiscal General del Estado al objeto de que en el plazo de quince días pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimaran convenientes. En las mismas resoluciones acordó publicar la incoación de la cuestión en el “Boletín Oficial del Estado”, lo que tuvo lugar en el de fecha 10 de febrero de 2009.

5. El Presidente del Senado comunicó en fecha 11 de febrero de 2009 que la Mesa de la Cámara había acordado personarse en el procedimiento y dar por ofrecida su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

El Presidente del Congreso de los Diputados, comunicó en fecha 13 de febrero de 2009 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.

6. Por escrito registrado el 12 de febrero de 2009, el Abogado del Estado se personó en nombre del Gobierno en el presente proceso constitucional, y formuló las alegaciones que seguidamente se resumen:

a) Solicitó que se inadmitiera la cuestión en lo concerniente al párrafo segundo del artículo 171.4 del Código penal, en su redacción dada por el artículo 38 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, y a los apartados 2 y 3 del art. 173 del Código penal en la redacción dada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, con excepción del inciso perteneciente al apartado 2 del art. 173.2 que dice “sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica”, desestimando la cuestión en lo demás, o subsidiariamente se desestime totalmente la cuestión planteada.

b) En tal sentido indica que la duda de constitucionalidad se plantea en relación con el primer párrafo del art. 171.4 CP, siendo el segundo irrelevante para la decisión del proceso, tal y como señala el Auto de planteamiento. Indica que sólo los argumentos de inconstitucionalidad contenidos en el Auto pueden ser examinados, dejando al margen debates doctrinales, el acierto político criminal o la calidad técnica del texto legal. Por otra parte manifiesta que, aun cuando el art. 173.3 CP no es citado en la parte dispositiva del Auto de planteamiento, ni en la providencia, sí es mencionado en diversos pasajes del Auto, por lo que podría considerarse cuestionado. En todo caso, considera el Abogado del Estado que debe inadmitirse la cuestión respecto del mismo, al no haberse dado traslado a las partes sobre su posible inconstitucionalidad, siendo la facultad prevista en el art. 39.1 LOTC exclusiva del Tribunal, sin que por otra parte haya levantado la proponente la carga de razonar la relevancia del último inciso del art. 173.3 CP.

c) Para descartar que el art. 171.4 CP viole el art. 14 CE, en relación con los arts. 10.1 y 24.2 CE, basta tomar en consideración la doctrina sentada en la STC 59/2008, de 14 de mayo, confirmada, entre otras, por la STC 83/2008, de 17 de julio. Expone que el precepto supera el

test de igualdad por las mismas razones que el Tribunal dio en las SSTC [59/2008](#) FFJJ 7 y ss., y [99/2008](#), FJ 2, para el art. 153.1 y el art. 171.6 CP. Considera que la agravación no reposa en la personalidad o en el carácter sino en circunstancias asociadas al sujeto pasivo. Descarta la infracción del principio de proporcionalidad del precepto cuestionado, con base a las potestades del legislador que le atribuyen amplio margen de libertad, dentro de los límites de la Constitución. Alega que los argumentos de la Magistrada no revisan la idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta de la norma. Entiende que el principio de proporcionalidad no impone dejar “un ancho margen al arbitrio judicial para subsumir la conducta de amenazas en los tipos de delito o falta”. Porque, “no se olvide, el arbitrio judicial – especialmente el arbitrio de las penas– era una de las mas destacadas características del derecho penal del Antiguo Régimen”. Alude a que es el art. 1.1 de la Ley Orgánica 1/2004, no cuestionado, el que impone una cierta visión de las relaciones heterosexuales de pareja, que queda fuera de la jurisdicción del Tribunal, sin que haya demostrado el Auto de planteamiento que la visión de las relaciones heterosexuales de pareja sea absurda y por ende arbitraria. No cabe negar una mayor protección penal en los casos que la violencia masculina exhibe, expresa o manifiesta discriminación o afán de dominio, sin que las dudas de eficacia preventiva o de efecto criminógenos sean argumentos de inconstitucionalidad.

d) En relación con el art. 173.2 CP indica que no viola el principio non bis in idem, pues no concurre identidad en los hechos, al añadir el citado precepto un novum fáctico cual es la habitualidad: “el ejercicio de la violencia, precisamente por haberse convertido en habitual, ha creado una atmósfera de miedo y sumisión que menoscaba, por degradante, la integridad moral de las víctimas”. Así, resulta irrelevante que la víctima sea la misma o diferente, y por ello también se exige proximidad temporal idónea para crear la atmósfera degradante. Si existen pluralidad de actos violentos, pero no habitualidad, no cabe aplicar el art. 173.2 CP. Entiende además que no existe identidad de fundamento, pues a diferencia de lo que sucedía en la STC [188/2005](#), el bien jurídico que sirve de fundamento al tipo del art. 173.2 CP, la integridad moral –menoscabada por la creación de una atmósfera de terror– es distinto de los bienes de integridad corporal y libertad, lesionadas por cada uno de los actos de violencia.

7. Con fecha 11 de marzo de 2009 el Fiscal General del Estado presentó ante el Registro General del Tribunal sus alegaciones, que se resumen a continuación:

a) Tras exponer los antecedentes del proceso, comienza examinando las dudas de constitucionalidad suscitadas en relación con el art. 173.2 CP, resumiendo el planteamiento en torno a la constitucionalidad del mismo que efectúa la Magistrada proponente. Posteriormente, tras reproducir la STC [188/2005](#), en sus fundamentos jurídicos 2, 3, 4 y 5, que exige la triple identidad de sujetos, hechos y fundamentos, para que el principio non bis in idem despliegue su eficacia, indica que la Magistrada proponente admite la inexistencia de identidad de fundamento. Considera que en el concreto asunto planteado, a diferencia del que fue objeto de la STC [188/2005](#), ninguno de los hechos que se enjuician había sido enjuiciado en causas anteriores. Por otra parte tras poner de manifiesto la distinta ubicación sistemática de los delitos objeto de acusación, –lesiones, amenazas y maltrato habitual– indica que todos los delitos

contemplados en el títuloVII del Código penal –en el que se incluye el delito de maltrato habitual– tienen tratamiento punitivo similar al penar autónomamente el delito contra la integridad moral y además separadamente los delitos de lesiones o daños a la vida, integridad física salud, libertad sexual, bienes de la víctima o un tercero (art. 177 CP), y en todas las infracciones el bien jurídico va más allá de la integridad personal, pues se atenta contra otros valores constitucionales de primer orden, como la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), que tienen su consecuencia lógica en el derecho no sólo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE) y en el derecho a la seguridad (art. 17 CE). Es la habitualidad el elemento conformador y valorativo del tipo penal, que aparece definido en el art. 173.3 CP, siendo irrelevante el anterior enjuiciamiento de los actos que sustentan la habitualidad, su falta de enjuiciamiento, su calificación autónoma o su prescripción. Es un delito de mera actividad, el resultado es ajeno a la acción típica, por lo que si además de violencia se produce un resultado lesivo o se constriñe la libertad del sujeto pasivo existirá un concurso real que específicamente recoge el precepto. Indica, por tanto, que no concurre la identidad de hechos por lo que no existe vulneración del principio non bis in idem. Indica que la Magistrada no discute esa dualidad, si bien considera que al tener mayor punición los hechos aislados por recaer sobre sujetos integrados en el ámbito familiar, la punición autónoma del maltrato familiar no es posible, pues la comunidad familiar o sentimental ya justificó la agravación punitiva de los hechos aislados. A juicio del Fiscal General del Estado, dicha argumentación no puede ser sostenida en tanto que la acción típica del maltrato es ajena a los hechos aislados según lo expuesto.

b) En lo concerniente a la cuestión suscitada en relación al art. 171.4 CP, indica que el Auto de planteamiento expone las mismas dudas de constitucionalidad que las manifestadas en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5983–2005, que fueron desestimadas por la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de fecha 19 de febrero de 2009.

8. Mediante providencia de fecha 19 de octubre de 2010 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 19 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. La Magistrada–Juez titular del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia considera que el párrafo primero del art. 171.4 del Código penal (CP), en su vigente redacción, dada por el art. 38 de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, puede ser contrario a los arts. 9.3, 10.1, 14, 17.1, 24.2 y 25 de la Constitución por serlo del valor de dignidad de la persona, del principio de proporcionalidad penal, y de los derechos de igualdad y presunción de inocencia, contemplados en dichos artículos. Por otra parte entiende que el art. 173.2 CP, en su redacción otorgada por Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, así como el inciso final del art. 173.3 CP, pueden vulnerar el art. 25.1 Constitución por ser contrarios al principio non bis in idem.

El Abogado del Estado solicita la inadmisión de la cuestión, en lo concerniente al párrafo segundo del artículo 171.4 del Código penal por ser irrelevante, y en relación con los apartados 2 y 3 del art. 173 del Código penal, con excepción del inciso perteneciente al párrafo 1 del art. 173.2 que dice “sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica”, al no citarse en la parte dispositiva del Auto planteando la cuestión y no haber sido sometido al preceptivo trámite de audiencia previsto en el art. 35 LOTC. En todo caso tanto el Abogado del Estado como el Fiscal General del Estado interesan la desestimación de ambas cuestiones.

2. Con el fin de acotar el objeto de nuestro pronunciamiento, y a la vista de las alegaciones formuladas por el Abogado del Estado en cuanto a la inadmisibilidad del cuestionamiento del segundo párrafo del art. 171.4 CP, debemos comenzar precisando que el Auto de planteamiento no se refiere en su argumentación a dicho párrafo, sino que la duda que propone está centrada exclusivamente en el supuesto típico descrito en el primer párrafo del art. 171.4 CP. Por ello, cabría pensar que dicha inadmisión es innecesaria, por entender que tal precepto no es cuestionado. Sin embargo, lo cierto es que ni la providencia previa al planteamiento de la cuestión excluye del cuestionamiento al segundo párrafo, ni el Auto planteando la cuestión realiza tal restricción en su parte dispositiva, por lo que debe darse la razón al Abogado del Estado e inadmitirse el cuestionamiento del párrafo segundo del art. 171.4 CP, al no constar en el Auto de planteamiento juicio alguno sobre su aplicabilidad y relevancia.

Por otra parte, en relación con las dudas de constitucionalidad del art. 173.3 CP, debe destacarse que, pese a que dicho precepto no figure en la parte dispositiva del Auto cuestionante, en su fundamentación jurídica se indica que la inconstitucionalidad debe también alcanzarle. Ahora bien, las dudas sobre la constitucionalidad del citado precepto no fueron puestas de manifiesto a las partes en el preceptivo trámite de audiencia previa a que obliga el art. 35 LOTC, por lo que procede, según es criterio consolidado de este Tribunal [SSTC [139/2008](#), de 28 de octubre, FJ 4; [45/2009](#), de 19 de febrero, FJ 2 d)], declarar su inadmisibilidad.

Asimismo debe declararse la irrelevancia en el proceso del que trae causa esta cuestión del art. 173.2 CP, salvo en lo referente al inciso “sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretando los actos de violencia física o psíquica”, ya que no se cuestiona la existencia de un delito de maltrato habitual, ni las agravaciones contempladas en su segundo párrafo, sino la concurrencia del mismo con los delitos en los que se concretan los actos de violencia física o psíquica que lo sustentan en el proceso que da origen al planteamiento de la cuestión. Cierto es que dicha delimitación la efectúa la Magistrada proponente en el razonamiento que sustenta el Auto de planteamiento, pero sin embargo no se contiene restricción alguna en la parte dispositiva del mismo.

Por lo expuesto, procede la inadmisión parcial de la presente cuestión de inconstitucionalidad respecto de párrafo segundo del art. 171.4 CP, del art. 173.3 in fine CP, y del art. 173.2 CP, salvo en lo referente al inciso “sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos

o faltas en que se hubieran concretando los actos de violencia física o psíquica”. En consecuencia, el objeto del presente proceso constitucional se circunscribe a examinar en primer lugar, la pretendida inconstitucionalidad del párrafo primero del art. 171.4 CP, que castiga “con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años” a quien “de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia”. Y en segundo lugar, la posible inconstitucionalidad del último inciso del párrafo primero del art. 173.2 CP, que indica “sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica”.

3. En lo concerniente a las dudas de constitucionalidad planteadas por la Magistrada-Juez proponente en relación a que el párrafo primero del art. 171.4 CP, puede ser contrario a los arts. 9.3, 10.1, 14, 17.1, 24.2 y 25 de la Constitución por serlo del valor de dignidad de la persona, del principio de proporcionalidad penal, y de los derechos de igualdad y presunción de inocencia, hemos de advertir que tales dudas han sido ya resueltas por la STC [45/2009](#), de 19 de febrero (“BOE” de 14 de marzo), que desestimó las doce cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas, entonces promovidas en idénticos términos que la actual, en relación con el párrafo primero del art. 171.4 CP, en la redacción dada por el art. 38 de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, por las razones que constan en sus fundamentos a los que nos remitimos.

4. Nos corresponde ahora examinar si el art. 173.2 CP en su redacción otorgada por Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, en el inciso “sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos y faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física y psíquica”, puede ser contrario al art. 25.1 de la Constitución por serlo al principio non bis in idem.

A tal efecto, es preciso con carácter previo recordar brevemente la doctrina que este Tribunal ha desarrollado acerca del citado principio.

a) Ya en la STC [2/1981](#), de 30 de enero, se situó el principio non bis in idem bajo la órbita del art. 25.1 CE, a pesar de su falta de mención expresa, dada su conexión con las garantías de tipicidad y legalidad de las infracciones, y se delimitó su contenido como la prohibición de duplicidad de sanciones en los casos en que quepa apreciar una triple identidad del sujeto, hecho y fundamento (FJ 4; así como, entre muchas otras, SSTC [2/2003](#), de 16 de enero, FJ 3; [236/2007](#), de 7 de noviembre, FJ 14). La garantía de no ser sometido a bis in idem se configura, así, como un derecho fundamental (STC [2/2003](#), FJ 3, citando la STC [154/1990](#), de 15 de octubre, FJ 3; [188/2005](#), de 4 de julio, FJ 2), cuyo alcance en nuestra doctrina se perfila en concordancia con el expreso reconocimiento que del mismo han hecho los convenios

internacionales sobre derechos humanos, tales como el Pacto internacional de derechos civiles y políticos de la ONU del 16 de diciembre de 1966, ratificado por España mediante Instrumento publicado en el “BOE” núm. 103, de 30 de abril de 1977, en su art. 14.7, el Protocolo 7 del Convenio europeo de derechos humanos, ratificado por España mediante Instrumento publicado en el “BOE” núm. 249, de 15 de octubre de 2009, en su art. 4, o la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, que recoge la prohibición de doble sanción en su art. 50.

Tal como hemos afirmado, la citada triple identidad de sujeto, hecho y fundamento “constituye el presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en bis in idem, sea éste sustantivo o procesal, y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 25.1 CE, ya que éstos no impiden la concurrencia de cualesquiera sanciones y procedimientos sancionadores, ni siquiera si éstos tienen por objeto los mismos hechos, sino que estos derechos fundamentales consisten precisamente en no padecer una doble sanción y en no ser sometido a un doble procedimiento punitivo, por los mismos hechos y con el mismo fundamento” [SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 5; y 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 3; 188/2005, de 4 de julio, FJ 2 c)].

b) En su vertiente material –que es la que ahora nos ocupa–, el citado principio constitucional impide que un mismo sujeto sea sancionado en más de una ocasión con el mismo fundamento y por los mismos hechos, toda vez que ello supondría una reacción punitiva desproporcionada que haría quebrar, además, la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de las sanciones crea una respuesta punitiva ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente [SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 3; 48/2007, de 12 de marzo, FJ 3; 91/2009, de 20 de abril, FJ 6 b)].

c) Por otra parte, aunque este principio ha venido siendo aplicado fundamentalmente para proscribir la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto a unos mismos hechos, esto no significa que sólo incluya la incompatibilidad de sanciones penal y administrativa por un mismo hecho en procedimientos distintos, sino que, en la medida en que el ius puniendi aparece compartido en nuestro país entre los órganos judiciales penales y la Administración, el principio non bis in idem opera también internamente dentro de cada uno de estos ordenamientos en sí mismos considerados, proscribiendo, cuando exista una triple identidad de sujeto, hechos y fundamento, la duplicidad de penas y de procesos penales y la pluralidad de sanciones administrativas y de procedimientos sancionadores, respectivamente [STC 188/2005, de 4 de julio, FJ 2 b)].

5. Partiendo de la doctrina expuesta, debemos determinar ya si el precepto cuestionado incurre en tal prohibición constitucional. Como se ha manifestado con anterioridad, el objeto de las dudas del órgano judicial es el inciso final del art. 173.2 CP, que introduce una regla concursal según la cual debe imponerse, además de la pena prevista para el delito de violencia habitual, la sanción correspondiente a los delitos o faltas a que hubieran dado lugar los concretos actos de violencia física o psíquica que vienen a configurar la habitualidad. A tal efecto, y presupuesta la

identidad de sujeto, debemos en primer lugar preguntarnos si la violencia habitual conforma una realidad independiente y distinta de los distintos hechos en que la habitualidad se funda. En segundo lugar, y en caso de que quepa concluir una identidad de hechos, habremos de analizar si las diversas sanciones previstas en el precepto responden o no a un fundamento común.

El rasgo definitorio del delito tipificado en el art. 173.2 CP es la relación de habitualidad que debe darse entre los actos de violencia física o psíquica realizados por el sujeto activo. Pero para declarar acreditada tal relación de habitualidad no basta con la sola realización de distintos actos de violencia, sino que es preciso que éstos se hallen vinculados por una proximidad temporal – tal como establece el art. 173.3 CP–, de modo que pueda declararse probada una situación de continuidad o permanencia en el trato violento en el entorno familiar, siendo por lo demás irrelevante si es una sola o son varias las víctimas del mismo. En este sentido, cabe afirmar ya que la realidad que el tipo penal pretende aprehender no es la mera acumulación o sucesión de actos violentos, sino –tal como viene asumiendo la doctrina y la jurisprudencia– la existencia de un clima de sometimiento y humillación hacia los integrantes del entorno familiar. Así, puede decirse que el elemento típico de la habitualidad incorpora un componente añadido de lesividad que trasciende el que se derivaría de la suma de los actos aislados de violencia, en tanto en cuanto la continuidad en el trato violento hacia uno o varios de los miembros del grupo familiar comporta un elemento diferencial que se puede cifrar en el menoscabo de la seguridad y libertad tanto de la víctima o víctimas directas de los actos violentos como, en su caso, de los demás integrantes del grupo familiar, que quedan igualmente afectados por esa atmósfera de sometimiento y continua vejación.

De lo anterior se colige que el supuesto de hecho del precepto cuestionado no es equiparable a la mera suma aritmética de los ilícitos en que se hayan podido subsumir los actos de violencia, sino que estamos ante un aliud en el que lo relevante no es, por sí solo, la realización de los actos violentos, sino la unidad que quepa predicar de ellos a partir de su conexión temporal y sus consecuencias para la relación familiar. En este sentido, es perfectamente factible imaginar supuestos en los cuales se hayan realizado distintos actos de violencia por un agente sobre los sujetos pasivos descritos en el tipo y en los que, sin embargo, no concorra esa exigencia de conexión temporal, ni pueda declararse la existencia del citado clima continuado de dominación que caracteriza la particular lesividad del delito de violencia habitual, debiendo tal circunstancia ser apreciada en cada caso concreto.

6. Debemos, en consecuencia, discrepar del planteamiento de la Magistrada proponente, y concluir que entre el supuesto de hecho del delito de violencia habitual y la suma de los delitos en que se han concretado los actos de violencia no concurre una exacta identidad, y que, por ello, no cabe apreciar quebranto alguno del principio non bis in idem. Ello presupone también rechazar el paralelismo que la Magistrada invoca entre el último inciso del art. 173.2 CP y el precepto cuestionado, por idénticos motivos, en el procedimiento que dio lugar a la STC [188/2005](#), de 4 de julio. En esta Sentencia declaramos contrario al citado principio el art. 27.3 j) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad, que tipificaba como falta muy grave el hecho de “haber sido sancionado por la comisión de tres faltas graves

en el periodo de un año”, considerando que con dicho precepto el legislador había creado un tipo “autónomo prescindiendo absolutamente de la comisión de un hecho nuevo por el infractor. Y es que en este tipo de supuestos, al no existir un hecho nuevo, se castigan realmente hechos anteriores del mismo sujeto que ya han sido castigados previamente, sin que la simple reiteración de sanciones o penas impuestas previamente constituya un fundamento diferenciado nuevo que haga inaplicable el principio non bis in idem” (FJ 4). Trasladando la citada aseveración al presente supuesto, entiende la Magistrada proponente que ello es exactamente lo que ocurre con la regla concursal plasmada en el art. 173.2 CP, concluyendo que en el mismo tampoco ha introducido el legislador un hecho nuevo que permita diferenciar el delito de violencia habitual de los delitos que conforman tal habitualidad.

De cara a establecer las diferencias existentes entre el objeto de la citada Sentencia y el asunto que ahora nos ocupa, no sobra resaltar, con carácter preliminar, que el análisis sobre la concurrencia de la identidad en los hechos no debe venir presidido por una perspectiva puramente naturalística o aritmética, sino que, como ya afirmáramos en la STC 2/1981, de 30 de enero, “para la individualización de estos hechos es preciso tener en cuenta criterios de valoración jurídica” (FJ 6). Ello ha de ser necesariamente así, por cuanto lo que se compara no son meros acontecimientos de la realidad, sino la descripción que de tales acontecimientos ha efectuado el legislador en el supuesto de hecho de la norma correspondiente, descripción inevitablemente acotada a partir de elementos valorativos y según las finalidades que el legislador persigue con su regulación.

Sentado lo anterior, debe destacarse que el reproche de inconstitucionalidad que formulamos en la STC 188/2005 estaba basado en que la redacción del art. 27.3 j) de la Ley Orgánica 2/1986 ni introducía expresamente ni de su exégesis podía inferirse elemento fáctico alguno diferente a la mera acumulación de tres sanciones graves, sin que el plazo de un año que fijaba el precepto incorporara un factor adicional de lesividad o desvalor desde el que, negando la identidad de hecho, poder despejar el reproche de desproporción con la sanción prevista en el precepto como una falta muy grave.

Pues bien, a diferencia de la regulación de la conducta descrita en tal precepto, el supuesto de hecho del delito de violencia habitual sí lleva ínsita semejante interpretación, al incorporar el elemento de la habitualidad, que como ya hemos afirmado constituye el rasgo que caracteriza el ilícito penal y lo dota de su específico desvalor. Frente al automatismo del plazo de un año establecido en el ilícito administrativo, el tipo penal incorpora una serie de criterios materiales – número de actos de violencia acreditados, proximidad temporal entre ellos–, si bien dejando en manos del órgano judicial la concreción en cada caso del número y periodo en que los mismos se cometieron y, con ello, la apreciación del elemento de la habitualidad. En este sentido, y siguiendo la interpretación que del precepto han acogido doctrina y jurisprudencia, la habitualidad en el precepto cuestionado no se entiende como un requisito meramente formal o aritmético –en el sentido de que un determinado número de actos conformen sin más la misma–, sino que introduce un componente adicional y autónomo de lesividad, consistente en la citada atmósfera de dominación o sometimiento continuado, que debe considerarse acreditado

para la aplicación del tipo penal. En virtud de lo afirmado podemos concluir que el concepto de habitualidad que utiliza el legislador en el precepto cuestionado no se identifica con la mera reiteración de conductas, por cuanto los citados requisitos materiales que lo conforman, y que el juzgador debe valorar en cada caso, implican el surgimiento de un hecho nuevo, valorativamente distinto –porque distinto es su potencial lesivo– a la suma de los actos de violencia aisladamente considerados como pone de manifiesto el art. 173.3 CP. Es la exigencia de tal elemento típico lo que permite concluir que su supuesto de hecho no es idéntico a la suma de los concretos actos de violencia realizados; y es, en suma, el componente adicional de lesividad que conlleva lo que permite rechazar que la doble sanción establecida en el precepto cuestionado suponga un ejercicio desproporcionado del ius puniendi y, por ende, la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE).

Fallo

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

Ha decidido

1º Inadmitir parcialmente la cuestión de inconstitucionalidad núm. 3508–2008, planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia, respecto del párrafo segundo del art. 171.4 del Código penal en la redacción dada al mismo por el art. 38 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, así como del 173.2 del Código penal, salvo el inciso “sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica”, y del art. 173.3 in fine del Código penal, en su redacción otorgada por Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre.

2º Desestimar la cuestión en todo lo demás.

Publíquese esta Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dada en Madrid, a diecinueve de octubre de dos mil diez.

Votos particulares

1. Voto particular que formula el Magistrado don Javier Delgado Barrio respecto de la Sentencia de 19 de octubre de 2010, dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 3508–2008

Exclusivamente en el punto en que la indicada Sentencia sigue 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, puesto que mantengo mi discrepancia, me remito al Voto particular que formulé respecto de esta última, siendo de añadir que estoy de acuerdo con el resto de la Sentencia.

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

Madrid, a diecinueve de octubre de dos mil diez.

2. Voto particular que formula el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez y al que se adhiere el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas, a la Sentencia del Pleno de 19 de octubre de 2010 que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad núm. 3508-2008

Haciendo uso de la facultad atribuida por el art. 90.2 LOTC, expreso en este Voto mi discrepancia, en dos planos diferentes, con la Sentencia aprobada por el Pleno:

1. Primeramente, a causa de que la Sentencia aprobada, para rechazar la duda de constitucionalidad suscitada en relación con el art. 171.4 CP, se remite a la doctrina fijada en la STC 45/2009, de 19 de febrero, a la que formulé Voto particular (“Boletín Oficial del Estado” de 14 de marzo de 2009), cuyo contenido reitero en este momento.

2. De otra parte, discrepo de la razón en que la Sentencia se sustenta para desestimar la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el art. 173.2 CP, en la redacción dada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre.

El mencionado precepto, tras fijar las penas correspondientes para el delito de violencia habitual contra las personas que detalla, añade que las mismas se impondrán “sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica”.

La cuestión a resolver estribaba en dilucidar si dicho precepto penal contradice el art. 25.1 CE, en la medida en que infrinja el principio non bis in idem, que veda la imposición de una dualidad de sanciones “en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento” (como hemos repetido desde la STC 2/1981, de 30 de enero, FJ 4), esto es, que a una misma persona, por unos mismos o idénticos hechos y con base en infracciones administrativas o penales que participan del mismo fundamento, se le impongan dos reacciones punitivas.

No planteándose ningún problema en relación con el presupuesto subjetivo, lo que la Sentencia niega es la concurrencia del elemento fáctico u objetivo, argumentando que “el supuesto de hecho del precepto cuestionado no es equiparable a la mera suma aritmética de los ilícitos en que se hayan podido subsumir los actos de violencia, sino que estamos ante un aliud en el que lo relevante no es, por sí solo, la realización de los actos violentos, sino la unidad que quepa predicar de ellos a partir de su conexión temporal y sus consecuencias para la relación familiar”, lo que lleva a la mayoría a concluir que “entre el supuesto de hecho del delito de violencia habitual y la suma de los delitos en que se han concretado los actos de violencia no concurre una exacta identidad, y que, por ello, no cabe apreciar quebranto alguno del principio non bis in idem” (FJ 6, ab initio, de la Sentencia).

Considero, sin embargo, que este planteamiento se aparta de la mejor doctrina del Tribunal. En su momento admitimos la constitucionalidad de la agravante de reincidencia porque a través de la misma el legislador pretende castigar de manera más severa una conducta posterior del mismo sujeto, sin que ello signifique que los hechos anteriores vuelvan a castigarse, sino tan sólo que son tenidos en cuenta por el legislador para sancionar las posteriores infracciones; por ello, en tal caso no concurre una identidad de hechos sino que los hechos anteriores han sido castigados con su correspondiente sanción y el hecho ilícito posterior es castigado de forma más severa por concurrir la reincidencia (STC 150/1991, de 4 de julio). Cosa muy distinta sucede cuando el legislador crea un tipo penal autónomo prescindiendo absolutamente de la comisión de un nuevo hecho infractor, pues en tal caso lo que se castiga realmente son hechos anteriores del mismo sujeto que ya han sido castigados previamente, en cuyo caso se lesiona el principio del non bis in idem, y, consecuentemente, el art. 25.1 CE (tal y como apreciamos en la STC 188/2005, de 4 de julio).

Estimo que en el presente caso nos encontramos en el segundo de los supuestos, dado que el art. 173.2 CP posibilita volver a castigar hechos realizados por un mismo sujeto, ya sancionados previamente, de modo que cabe una doble sanción para los mismos hechos: una primera, como constitutivos de los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica; y otra, en tanto que incardinados en el delito tipificado en el art. 173.2 CP.

3. La doble identidad de sujeto y de hechos que se aprecia en el precepto cuestionado supone la vulneración del principio non bis in idem al deber apreciarse, en fin, que las infracciones responden a un mismo fundamento y no persiguen la protección de bienes o intereses jurídicos diferentes.

Ese aspecto no es examinado en la Sentencia y ese silencio es, a mi juicio, expresivo de que el precepto cuestionado vulnera el mencionado principio.

No basta simplemente con la dualidad de normas para entender justificada la imposición de una doble sanción al mismo sujeto por los mismos hechos. Para que la dualidad de sanciones sea constitucionalmente admisible, es necesario, además, que la normativa que la impone pueda justificarse porque contemple los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no sea el mismo que aquel que la primera sanción intenta salvaguardar (STC 234/1991, de 10 de diciembre, FJ 2). No encuentro dicha justificación en el presente caso por lo que considero que también debió estimarse la cuestión de inconstitucionalidad promovida en relación con el art. 173.2 CP por vulneración del principio del non bis in idem.

Madrid, a diecinueve de octubre de dos mil diez

3. Voto particular que formula el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas y al que se adhiere el Magistrado don Guillermo Jiménez Sánchez, con excepción de lo referido al art. 171.4 del Código penal, respecto a la Sentencia del Pleno, de fecha 19 de octubre de 2010, dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 3508-2008

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

1ª. En lo referente al art. 171.4 del Código penal, me remito a la serie de Votos particulares que, comenzando en el suscrito en fecha 14 de mayo de 2008, respecto a la Sentencia del Pleno de la misma fecha, dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5939-2005, vengo formulando respecto a las reformas del Código penal introducidas por la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en cuanto a la diferencia agravada de tratamiento penal de determinadas infracciones punibles cuando son cometidas por un hombre en el contexto de una relación afectiva con una mujer, dándolos por reproducidos en este caso, en la parte procedente y, singularmente, me remito al Voto particular que formulé a la STC 45/2009, de 19 de febrero, dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm 5983-2005 y acumuladas.

2ª. Cuestión diferente es la suscitada en el presente caso con relación a la duda de constitucionalidad sobre el inciso final del art. 173.2 del Código penal, que dice: “sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos y faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica” con referencia a la habitualidad para cuya concurrencia, habrá que atenderse al número de dichos actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos. El órgano proponente de la cuestión plantea que este tipo penal es posiblemente contrario al art. 25.1 de la Constitución, por serlo al principio non bis in idem, al resultar doblemente sancionados aquellos actos constitutivos de infracción penal que ya hayan sido anteriormente y después tenidos en cuenta para determinar la habitualidad, también sancionable de manera independiente.

3ª. Del sentido natural del texto normativo resulta, en principio, que se produce un bis in idem, si bien la Sentencia de la que discrepo lo salva diciendo “que el elemento típico de la habitualidad incorpora un componente añadido de lesividad que trasciende el que se derivaría de la suma de los actos aislados de violencia, en tanto en cuanto la continuidad en el trato violento hacia uno o varios de los miembros del grupo familiar genera, además, una consecuencia adicional, que puede cifrarse en el menoscabo de la seguridad y libertad tanto de la víctima o víctimas directas de los actos violentos como, en su caso, de los demás integrantes del grupo familiar, que quedan igualmente afectados por esa atmósfera de sometimiento y continua vejación”, añadiendo que “ en este sentido, es perfectamente factible imaginar supuestos en los cuales se hayan realizado distintos actos de violencia por un agente sobre los sujetos pasivos descritos en el tipo y en los que, sin embargo, no concurra esa exigencia de conexión temporal, ni pueda declararse la existencia del citado clima continuado de dominación que caracteriza la particular lesividad del delito de violencia habitual, debiendo tal circunstancia ser apreciada en cada caso concreto”.

A mi entender y reiterando el respeto que me merece la opinión contraria, tal descripción introduce un elemento constitutivo en el tipo que no aparece explicitado en el concreto precepto

penal y por lo tanto, debió ser llevado al fallo por remisión al fundamento jurídico 5 de la Sentencia, ya que la habitualidad, que se describe como independiente de la simple reiteración de hechos anteriores delictivos o no, y enjuiciados o no, es ciertamente una circunstancia de hecho, que ha de ser probada y apreciada por el juzgador en cada caso, interpretación conforme a la Constitución que, al separarse del sentido natural en la literalidad del inciso cuestionado, exigía ser incorporada a la parte dispositiva de la Resolución en aras de la seguridad jurídica; interpretación que aunque no sea frecuente en el ámbito penal, ya hemos hecho en alguna ocasión anterior, como en las SSTC [105/1988](#), de 8 de junio, llevado expresamente al fallo y [235/2007](#), de 7 de noviembre, llevado al fallo con remisión al fundamento jurídico 9.

Al no hacerlo así, no me fue posible votar a favor, formulando ahora, las razones de mi discrepancia mediante mi Voto particular.

Madrid, a diecinueve de octubre de dos mil diez.