

VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado don Javier Delgado Barrio respecto de la Sentencia de 14 de mayo de 2008, dictada en la Cuestión de inconstitucionalidad núm. 5939-2005.

Con el respeto que siempre me merece la opinión de mis compañeros, dejo constancia de las razones que me separan de dicha Sentencia.

1. Mi discrepancia va referida fundamentalmente al Fallo, pues cuestionada en estos autos la constitucionalidad del art. 153.1 CP, y dado que la Sentencia no declara expresamente su carácter interpretativo, la simple lectura del pronunciamiento desestimatorio puede conducir a la conclusión de que el citado precepto, con el solo contenido que expresamente recoge, resulta ser conforme con la Constitución.

Y no es así. Como fácilmente se aprecia en el sentido implícito en los razonamientos jurídicos de la Sentencia, y en términos más expresivos en el segundo párrafo de su Fundamento Jurídico 4, la norma cuestionada en la pura literalidad de su redacción es claramente inconstitucional, calificación última esta de la que se salva merced a la introducción en el tipo de un nuevo elemento que el legislador no ha incluido expresamente, pero que la Sentencia añade a la descripción legal: para que una conducta sea subsumible en el art. 153.1 CP no basta con que se ajuste cumplidamente a la detallada descripción que contiene, sino que es preciso además que el desarrollo de los hechos constituya “manifestación de la discriminación, situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres” [FJ 9.A)].

2. En efecto, la Sentencia hace una interpretación sistemática y finalista del art. 153.1 CP –art. 3º.1 del Título Preliminar del Código Civil– y, atendido su contexto –art. 1º de la Ley Orgánica 1/2004–, en el que encuentra su finalidad, llega a una clara conclusión:

La *ratio* de la constitucionalidad del precepto, interpretado a la luz de su finalidad, es el “mayor desvalor” de “las agresiones del varón hacia la mujer que es o que fue su pareja afectiva” y que “tienen una gravedad mayor que cualesquiera otras en el mismo ámbito relacional porque corresponden a un arraigado tipo de violencia que es manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres” –FJ 9.A)–. De ello deriva evidentemente que cuando no concurra ese “mayor desvalor”, es decir, cuando no concurra esa situación de discriminación, desigualdad o

relación de poder, que es la justificación constitucional del precepto, éste devendrá inaplicable.

Y esta inaplicabilidad del art. 153.1 CP por no apreciarse en los hechos enjuiciados en cada proceso la situación señalada, en lo que es propio de la técnica jurídica penal, significa que la invocada situación de discriminación, desigualdad o relación de poder se integra en el tipo, como elemento de hecho constitutivo del mismo, lo que justifica su inaplicación cuando no concurre por virtud de las exigencias materiales del principio de legalidad –art. 25.1 CE–.

3. Esta introducción en el tipo descrito en el art. 153.1 CP de un nuevo elemento que no aparece en su texto expreso hace necesario examinar si se han respetado las garantías materiales de la predeterminación normativa propia del ámbito sancionador que se establecen en el art. 25.1 CE.

Entiendo que los criterios interpretativos al uso en la comunidad científica –STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 6– permiten, mediante una interpretación sistemática y finalista del art. 153.1 CP, llegar a la solución que implícitamente mantiene la Sentencia y que conduce a reducir el ámbito incriminatorio del precepto, sin traspasar los límites propios de la función de este Tribunal como colegislador negativo.

4. Ya en este punto, es de subrayar que todas las sentencias dictadas, en lo que ahora importa, en los procesos de declaración de inconstitucionalidad, en cuanto que en ellas se “enjuicia la conformidad o disconformidad” –art. 27.1 LOTC– con la Constitución de la norma objeto del debate, han de llevar a cabo la tarea dirigida a indagar el sentido de dicha norma, “operación que forzosamente coloca a este Tribunal en el terreno de la interpretación de la legalidad” –STC 202/2003, de 17 de noviembre, FJ 6–, de suerte que la conclusión a la que se llegue en este terreno constituye un *prius* lógico insoslayable para decidir sobre la constitucionalidad del precepto debatido.

Es claro, pues, que tanto las sentencias estimatorias como las desestimatorias, en cuanto que han de llegar a un determinado entendimiento del precepto discutido, podrían considerarse interpretativas. Pero no es este concepto tan amplio el que venimos utilizando: una sentencia puede calificarse de interpretativa, en el sentido propio de esta expresión, cuando excluye una cierta interpretación por inconstitucional, o cuando impone otra por entender que es la conforme con la Constitución. Y en estos supuestos, dado que se está

llevando a cabo un esclarecimiento, mejor, una depuración del ordenamiento jurídico, precisamente para asegurar la primacía de la Constitución –art. 27.1 LOTC–, la seguridad jurídica en conexión con el principio de la publicidad de las normas –art. 9.3 CE– demandan que la nueva claridad que deriva de la sentencia, a publicar en el Boletín Oficial del Estado –art. 164 CE–, se haga ostensible en la parte de ésta que es más adecuada para ello, es decir, obviamente, en el Fallo.

En estos autos, la Sentencia implícitamente está declarando la inconstitucionalidad del precepto cuestionado en la interpretación que se atiene a la pura literalidad de su texto sin más, es decir, sin incorporar un nuevo elemento al tipo, y al propio tiempo declarando su constitucionalidad sobre la base de que concurra aquella situación de discriminación, desigualdad o relación de poder que, si atendemos “al espíritu y finalidad” de la norma –art. 3º.1 del Título Preliminar del Código Civil–, resulta ser elemento del tipo.

Así las cosas, llego a la conclusión de que este entendimiento del precepto cuestionado debió recogerse en el Fallo por las razones de índole general ya señaladas para todas las sentencias interpretativas, a las que en este caso han de añadirse las específicas propias de la materia penal “en atención a los valores de la seguridad jurídica que informan la garantía constitucional del art. 25.1 CE” –STC 283/2006, de 9 de octubre, FJ 5–, lo que además resultaba intensamente indicado aquí, dado que el elemento incorporado al tipo deriva de un contexto y una finalidad que no resultan del Código Penal sino de la Ley Orgánica 1/2004, que es la que introdujo el precepto debatido.

He de recordar en esta línea el Fallo de la STC 24/2004, de 24 de febrero.

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

Madrid, a catorce de mayo de dos mil ocho.