

PROCEDIMIENTO ABREVIADO N°.: 0/05 (P.E.R. 0/05)

A U T O

En Murcia, a 29 de julio de 2005.

Dada cuenta,

H E C H O S

PRIMERO.- El Procedimiento Abreviado /05 (Procedimiento de Enjuiciamiento Rápido de Determinados Delitos /05) trae causa de las Diligencias Urgentes /05, instruidas por el Juzgado de Violencia contra la Mujer de Murcia, el cual, dictado auto de apertura de juicio oral por dos presuntos delitos de malos tratos contra Antonio ???, remitió lo actuado a este Juzgado de lo Penal, al que, por turno especial de Juicios Rápidos, correspondía el enjuiciamiento de la causa.

SEGUNDO.- En la fecha señalada por el Juzgado Instructor, de 13-7-05, se celebró el acto del juicio oral, a cuyo término, en conclusiones definitivas, el Ministerio Fiscal y la acusación particular, ejercitada por Josefa calificaron los hechos como constitutivos de dos delitos del art. 153.1 pf. 2º del Código Penal, uno de ellos con la agravación del último párrafo (sic), de los que es responsable, en concepto de autor, el acusado

Antonio ????, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitando la imposición de una pena de 12 meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por dos años y prohibición de aproximación a la víctima y de comunicarse con ella por dos años, por el delito agravado del último párrafo y de 10 meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por dos años y prohibición de aproximación a la víctima y de comunicarse con ella por dos años, por el otro delito, con abono de costas, interesando la Defensa la libre absolución del acusado.

TERCERO.- Con suspensión del trámite para dictar sentencia, según decisión motivada y documentada en el acta del juicio oral, se dio traslado a las partes para que, en el plazo común e improrrogable de 10 días, alegaran lo que a su derecho conviniera acerca de la procedencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad, en relación con el art. 153. 1, según redacción otorgada por LO 1/2004, por posible vulneración de los arts. 10, 14 y 24.2 de la Constitución Española.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal no ha realizado alegación alguna, en el plazo concedido para ello.

QUINTO.- La acusación particular no ha realizado alegación alguna, en el plazo concedido para ello,

SEXTO.- La Defensa, evacuando el traslado conferido, ha presentado escrito en el que, con la argumentación que se da aquí por reproducida, interesa el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad, entendiéndose que una sentencia condenatoria vulneraría los arts. 14 y 24 CE y una sentencia absolutoria, el art. 10 CE, interesando del Tribunal Constitucional una delimitación de criterios que permitan definir el ámbito de la violencia de género como tal y otros relativos a la valoración de la prueba en estos casos, manteniendo que la propia existencia del procedimiento conculca el derecho a la dignidad de la persona de su defendido.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. - PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

De acuerdo con lo previsto en el art. 35.1 de la LOTC, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad constituye un imperativo legal, para el órgano judicial, cuando considere que una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, al menos, en el caso de normas posteriores a su promulgación. Desde el punto de vista procesal, suscitada, de oficio o a instancia de parte, la duda de inconstitucionalidad, el Juez o Tribunal adoptará una decisión definitiva mediante auto, previa audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal, para que, en el plazo común e improrrogable de diez días, puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, debiendo dictar el órgano judicial el referido auto en el plazo de tres días. Respecto del momento procesal en que la cuestión puede plantearse, el art. 35.2 LOTC precisa que el órgano judicial sólo podrá hacerlo una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, sin perjuicio de que la cuestión pueda ser intentada, de nuevo, en las sucesivas instancias o grados, en tanto no llegue a sentencia firme. En el presente caso, la cuestión se suscitó de oficio, una vez concluido el acto del juicio oral, en decisión motivada (STC, S.2ª, 234/1997, de 18-12-1997), documentada en acta (art. 247 LOPJ) y dando traslado a las partes en los términos legalmente establecidos.

El art. 35.2 LOTC indica, como contenido necesario del auto por el que el órgano judicial decide, sin ulterior recurso, plantear la cuestión

- la concreción de

* la ley c norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona.

* el precepto constitucional que se supone infringido

- la especificación y justificación de la relevancia de la validez de la norma en cuestión en la decisión del proceso.

En el caso, la norma cuya constitucionalidad se cuestiona es el art. 153.1 CP, en su redacción vigente, otorgada por LO 1/2004, los preceptos constitucionales que se estiman infringidos por dicha norma son los arts. 10, 14 y 24.2 de la Constitución Española y, sin perjuicio de desarrollar los contenidos que se han apuntado, se estima preferible, por los motivos que se exponen, anticipar la justificación de la relevancia de la validez de la norma en cuestión, en la decisión del proceso.

SEGUNDO.- JUICIO DE RELEVANCIA DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA EN LA DECISIÓN DEL CASO

A) DETERMINACIÓN DEL CONCRETO SUPUESTO DE HECHO

En efecto, anticipada la duda de constitucionalidad con la precisión, aunque no con la justificación, requeridas, con mención de los preceptos en conflicto, desde el punto de vista lógico, dicha justificación debe ir precedida del juicio de relevancia exigido. El ordenamiento español no autoriza el planteamiento por los órganos judiciales de cuestiones de constitucionalidad referidas a una ley o norma con rango legal en abstracto, sino sólo en relación con el caso concreto que se somete a su decisión, precisamente en el trámite de adoptar dicha decisión, que se exige venga condicionada por el resultado del juicio de constitucionalidad que se remite al órgano al que el ordenamiento atribuye, en un sistema concentrado, con matizaciones que no vienen al caso, la función de legislador negativo que permite discriminar las normas aplicables constitucionalmente válidas de las que no lo son, resolviendo un conflicto que el juez ordinario, desde su obligación constitucional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, ha de someter al Tribunal Constitucional, con carácter previo a emitir su juicio, aplicando o no la norma cuestionada, a la vista de la decisión del Tribunal.

Precisamente porque se exige una estricta vinculación de la norma

con el caso, el ordenamiento señala un momento inmediatamente anterior a la decisión, una vez concluido el procedimiento, para el planteamiento de la cuestión. Ello significa que los elementos del juicio fáctico están ya a disposición del juez, en ese momento, y que la decisión se suspende por razón de la duda surgida en relación con una de las premisas, el de la norma aplicable, en que se sustenta el fallo, como conclusión del silogismo. La elección del momento procesal no es gratuita, en cuanto el juicio de relevancia carecería de verdadero sentido, en el supuesto en que el sustrato fáctico al que debiere aplicarse la norma cuestionada, no hubiese quedado establecido, por no haberse acreditado. Salvo en los casos en que la duda de constitucionalidad se refiera a cuestiones de valoración de la prueba o procesales, cuando, como es el caso, afecta a la norma sustantiva de posible aplicación, el juicio de relevancia debe vincularse a, unos determinados hechos ya probados, como necesariamente han de estarlo en ese momento final del procedimiento, aunque no se consignen formalmente hasta el dictado de la sentencia.

Junto a los motivos expuestos, que aconsejan la anticipación de un relato de hechos probados a este momento procesal, por razones lógicas, existen otros, de índole procesal, que refuerzan la anterior conclusión. Los principios de inmediación y concentración y no sólo el de celeridad, inspiran normas como el artículo 788.1 LECrim que impone un límite máximo de treinta días en la suspensión o aplazamiento de la sesión, para la conservación, de la validez de los actos realizados, salvo que se produzca la sustitución del Juez o de un miembro del Tribunal en el caso del número 4º del art. 746. En el Procedimiento Especial para el Enjuiciamiento Rápido de Determinados Delitos, dicho plazo se ve reducido a 15 días (art. 802.2 LECrim). Ello significa que el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad, por razón de los trámites y plazos previstos para su admisión y eventual sustanciación, obligaría inexorablemente a la repetición del juicio oral, en el momento en que se inadmita la cuestión o, en el que, admitida, se pronuncie el Tribunal Constitucional, en sentido estimatorio o no, situación no deseable y evitable en la medida en que se anticipe el juicio fáctico, sin perjuicio de reservar su motivación explícita y

extensa para el momento de dictar sentencia.

En el presente caso, la prueba testifical practicada, en concreto, el testimonio de la víctima, con la corroboración objetiva de la documental y pericia médica aportadas, han permitido acreditar uno de los dos hechos supuestamente típicos imputados, en concreto, el único que, por razón de su fecha, constituye un sustrato fáctico apto para la aplicación de la norma cuya constitucionalidad se cuestiona, por ser posterior a la entrada en vigor de la LO 1/2004. Del resultado de la valoración conjunta de la prueba que prevé el art. 741 LECrim., en relación con los arts. 758 y 795.4 de la misma, queda establecido el siguiente relato de hechos como probado

Sobre las 7'50 horas del día 27-6-2005, surgió una discusión entre el acusado, Antonio nacido el día , sin antecedentes penales, y su esposa, Josefa en el exterior del domicilio, sito en C/ (Murcia), que compartían, pese a encontrarse la pareja en trámites de separación. La discusión vino motivada por el intento de impedir la Sra. que el acusado se llevara, para acudir a su trabajo, uno de los vehículos de la pareja, pese a que, en esa fecha, la Sra. no trabajaba y pese a que, según tenían acordado, ese día le correspondía hacer uso del vehículo al acusado. Finalmente, la acusada se llevó el vehículo disputado, alegando tener una cita de trabajo. No consta que, en esta ocasión, el acusado agrediera o amenazara, en forma alguna, a su esposa.

El día 4-7-2005, sobre la misma hora y por idéntico motivo, surgió una nueva discusión entre los cónyuges, en el domicilio común indicado. Como quiera que la Sra. se negara a entregarle las llaves del vehículo que pretendía llevarse el acusado y alegara que el otro vehículo lo precisaba la hija de la pareja ese día para acudir a un callista, el acusado sujetó fuertemente de las orejas a su esposa, que sufrió un enrojecimiento retroauricular bilateral que curó, con una primera asistencia, sin necesidad de tratamiento médico ulterior. Finalmente, la Sra. llevó al acusado a su trabajo, en el vehículo cuyo uso se disputaba la pareja.

Josefa no reclama indemnización alguna por estos hechos."

B) POSIBLE CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS

En definitiva, se trata de un maltrato de obra, causante de lesión no constitutiva de delito, realizado por el marido sobre su esposa, en el domicilio común, con posterioridad a la entrada en vigor de la LO 1/2004, incardinable en la redacción vigente del art. 153.1 CP, en relación con el párrafo 3º.

C) RELEVANCIA DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA

Como consecuencia de la anterior calificación, resultaría imponible una pena de prisión cuyo mínimo, a diferencia de lo que sucedería en el caso de que, en idénticas circunstancias, la agresora hubiese sido la esposa y la víctima el marido, es de 9 meses y un día y no de siete meses y 16 días. La relevancia se refiere, pues, a la determinación de la pena alternativa, uno de cuyos términos se vería limitado, por razón del sexo del agresor, a un tramo de pena de prisión más oneroso. La consideración de la pena de prisión, en ese tramo diferencial de tres a seis meses, quedaría eliminada en la determinación de la pena en concreto cuya motivación exige el art.72 CP.

La diferencia afectaría, también, a la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, sin mínimo en el subtipo agravado que se cuestiona y con un máximo de 5 años, distinta y más grave que la inhabilitación prevista en el tipo común, con un mínimo de seis meses y un máximo de sólo tres años. En la medida en que las acusaciones no han solicitado su imposición, se entiende que toda pretensión de imposición de oficio por el órgano judicial vulneraría las exigencias del principio acusatorio vigente en nuestro sistema procesal y, por tanto, la diferencia real y anudada al inciso cuya constitucionalidad se cuestiona, carece, en el caso, en principio, de verdadera relevancia. No obstante, sentencias del TS, como las de 26-1-99, 21-7-00 y 20-3-03

podrían hacer dudar de la posibilidad de imposición de una pena potestativa, aun no solicitada, en cuanto comprendida dentro de los límites legales.

Con carácter indirecto, la diferencia afectaría, asimismo, al régimen de las alternativas a la pena privativa de libertad. En la medida en que, conforme a la definición contenida en el art. 1 de la LO 1/2004, se trata de un supuesto de violencia de género, caracterizado por una discriminación en función del sexo de los sujetos activo y pasivo paralela a la que, en concreto, realiza el art. 153.1 en casos de violencia conyugal o asimilada, le serían aplicables determinadas agravaciones en materia de alternativas, como las previstas en los arts. 83.1.6º, párrafo segundo CP, en materia de condiciones de suspensión, 84.3 CP, en materia de revocación de la suspensión y 88.1, párrafo 3º CP, en materia de sustitución. En este caso, no se ha cuestionado directamente la constitucionalidad de tales preceptos, también reformados por LO 1/2004, en la medida en que su contenido no es determinante del fallo, pues no se trata de decisiones que, necesariamente, hayan de adoptarse en sentencia, presuponiendo, por lo común, su firmeza.

No obstante, existiría una posibilidad de afectación directa del fallo en el caso de aplicación de la rebaja en un grado del art. 153.6 con el efecto de alcanzar, por el juego de circunstancias atenuantes genéricas u otras reglas de determinación de la pena, una pena de prisión inferior a tres meses, que debe ser sustituida, en la propia sentencia y por imperativo legal, conforme a lo previsto en el art. 71.2, con remisión al art. 88, el cual, como se ha dicho, introduce un régimen de sustitución más gravoso para la violencia de género, vedando la sustitución por multa y exigiendo la imposición de prohibiciones de acudir a determinados lugares, de aproximación a la víctima, familiares o personas determinadas o de comunicarse con ellas y sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, facultativas en el régimen común.

Ciertamente, el régimen, en cuanto a la pena imponible, sería

idéntico en el caso de considerar al marido persona especialmente vulnerable, víctima de una agresión por parte de su esposa, ya que el inciso final no introduce discriminación alguna en relación con el sexo de los sujetos. El requisito de convivencia quedaría acreditado en el caso, pero, sin embargo, la especial vulnerabilidad del sujeto pasivo varón debería ser objeto de prueba. Si ello no sucediera, el régimen aplicable sería el del tipo básico del párrafo 2º, con la agravación por razón del lugar que opera tanto sobre éste como sobre el agravado del párrafo 1º. Y, en todo caso, no sería aplicable el régimen agravado de alternativas, en cuanto remite al concepto de violencia de género, con sujeto activo mujer y sujeto pasivo hombre.

TERCERO. -NORMA CUYA CONSTITUCIONALIDAD SE CUESTIONA.

La norma cuya constitucionalidad se cuestiona es, como se ha anticipado, el art. 153.1 CP, según redacción otorgada por el art. 37 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en vigor una vez transcurridos seis meses desde su publicación en el B.O.E, el día 29-12-2004 (Disposición Final Séptima de la LO 1/2004).

A) EVOLUCIÓN DEL PRECEPTO

Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2000, el art. 153 del Código Penal tiene su precedente en el art. 425 del Código Penal Texto Refundido de 1973, introducido por la Ley Orgánica 3/1989 de 21 de junio (actualización del Código Penal), que sancionó la violencia física sobre el cónyuge o persona que estuviese unida por análoga relación de afectividad o sobre hijos sujetos a patria potestad, pupilo, menor o incapaz, descansando el tipo sobre la nota de la habitualidad. La sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1997 estimó que los elementos vertebradores de aquel tipo eran los siguientes:

- a) que la acción supusiera el ejercicio de violencia física;
- b) que se ejerciera habitualmente, con lo que, a pesar de no integrar tales

acciones, individualmente consideradas, más que una sucesión de faltas, si se producían de modo habitual, se estaría ante un delito, con lo que quedaba establecida la diferencia con la falta del art. 582 del Código Penal de 1973;

c) que la acción violenta podía obedecer a cualquier fin, y

d) que tanto el sujeto activo como el pasivo fueran cónyuges o personas a las que se estuviese unido por análoga relación de afectividad.

El Código Penal de 1995 vino a recoger, en su art. 153, el delito de lesiones habituales del art. 425 del Código Penal de 1973. La redacción mejoraba y corregía determinados defectos y, en tal sentido:

a) pasan a ser comprendidas en el tipo las violencias ejercidas contra los hijos por padres privados de la patria potestad, sobre los hijos del cónyuge o conviviente y sobre ascendientes;

b) se introduce la exigencia de convivencia, aunque limitada a los ascendientes, incapaces o hijos que no se hallan sometidos a la potestad, tutela cautelar o guarda de hecho del autor o de su pareja, y

c) se mantiene la nota de que el sujeto activo debe tener con la víctima una especial relación, descrita en el tipo por ser cónyuge o estar ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, dato que constituye la razón del tipo.

La Ley Orgánica 14/1999 de 9 de junio (modificación del Código Penal de 1995 en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), con el confesado propósito de mejorar el tipo penal otorgando una mayor y mejor protección a las víctimas, introdujo diversas reformas, tanto en el Código Penal de 1995, como en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Estas son, por lo que se refiere al tipo del art. 153 del Código Penal de 1995:

a) en relación a la convivencia derivada del matrimonio o relación de afectividad análoga, se amplía el tipo a aquellos supuestos en que ya haya desaparecido el vínculo matrimonial o la convivencia more uxorio al tiempo

de producirse la agresión, ya que el tipo penal anterior descansaba sobre una situación de presente; ahora el tipo abarca situaciones en las que la convivencia ya no existe, pero la agresión se produce en contemplación a aquélla;

b) se amplía la acción típica, que inicialmente quedaba reducida a la física, con extensión también a la violencia psíquica, y

c) se da una definición legal de habitualidad que se vertebró alrededor de cuatro datos; pluralidad de actos, proximidad temporal, pluralidad de sujetos pasivos, siempre que sea uno de los integrantes de la unidad familiar, y finalmente, independencia de que tales actos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento anterior.

La reforma operada por LO 11/2003 modifica el precepto, cuyo contenido se traslada al actual art. 173. 2, en el Título VII, como delito contra la integridad moral. El cambio de ubicación destacaba la presencia en el tipo de un bien jurídico protegido adicional y distinto al de la integridad física, como ya lo había hecho la Jurisprudencia y parte de la doctrina, aunque mencionando un difuso bien jurídico de "paz familiar" o similar, invocado, fundamentalmente, para soslayar las delicadas cuestiones que la redacción del precepto planteaba y plantea, en relación con el principio de non bis in idem, todavía no sometidas a la consideración del Tribunal Constitucional.

La reforma, a su vez, ampliaba el ámbito subjetivo de aplicación del tipo de violencia habitual (art. 173.2 CP), al referirlo a parejas de hecho sin convivencia, con posibilidad de extenderlo a personas respecto de las cuales dicha relación ya se ha extinguido, a hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, a personas amparadas en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de la convivencia familiar o a personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a guarda o custodia en centros públicos o privados. Se incorporaba la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas y una agravación idéntica a la prevista, también, en el actual art. 153.3 CP.

Pero esta misma reforma, que superaba la tutela reforzada frente a la violencia habitual conyugal o análoga, extendiéndola a la violencia familiar o doméstica, en sentido muy amplio, introducía, por primera vez, una sanción específica para la violencia ocasional, en ese mismo ámbito familiar y doméstico, que elevaba a la consideración de delito conductas que, en ausencia de las referidas relaciones entre agresor y víctima, serían constitutivas de simple falta. Ello significaba un decidido impulso represivo respecto de cuya eventual inconstitucionalidad, por posible vulneración del principio de proporcionalidad, se pronunció el Tribunal Constitucional, al inadmitir la cuestión planteada, por considerarla notoriamente infundada, por auto de 7-6-2004.

Desde la entrada en vigor de la LO 11/2003, el art. 153 regula el maltrato no habitual u ocasional, definido, originariamente, en cuanto a la conducta típica, como:

- o Menoscabo psíquico o lesión no definida como delito en el propio Código, causado por cualquier medio o procedimiento.
 - o Golpe o maltrato de obra que no cause lesión.
 - o Amenaza leve con armas y otros instrumentos peligrosos.

Respecto de los sujetos activo y pasivo, la redacción del art. 153 introducida por LO 11/2003, exigía que el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el art. 173. 2, que regula hoy la violencia habitual, esto es:

- o Cónyuge del agresor o persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.
- o Ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza, adopción o afinidad del agresor o del cónyuge o conviviente.
- o Menor o incapaz que conviva con el agresor o que se halle sujeto a la potestad, tutela, curatela o acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente.

- o Persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de la convivencia familiar.
- o Persona que por su vulnerabilidad se encuentre sometida a custodia o guarda en centros públicos o privados.

En cuanto a la penalidad, el art. 153, siempre en la redacción anterior a la entrada en vigor de la LO 1/2004, distinguía:

- o un tipo básico, castigado con
 - o prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días y, en todo caso,
 - o privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años y, potestativamente
 - o inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, por tiempo de 6 meses a tres años, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor.
- o Un tipo agravado, para el que las penas anteriores se imponen en su mitad superior, referido al delito cometido:
 - o En presencia de menores
 - o Utilizando armas
 - o En el domicilio común o de la víctima
- o Quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 CP o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

B) REDACCIÓN ACTUAL OBJETO DE LA CUESTIÓN

Tras la reforma introducida por LO 1/2004, la conducta típica se reduce, en consonancia con la ubicación del precepto en el Título III del Libro II, "De las lesiones", eliminando el supuesto de amenazas, que se traslada al art. 171.5 CP, manteniendo el resto de los supuestos de la redacción anterior.

Sin embargo, la estructura de los tipos varía, en cuanto, sin perjuicio de referir su ámbito de aplicación al círculo de ofendidos definido en el art. 173. 2 CP, que no ha sido objeto de reforma, sin perjuicio, también, de mantener el tipo agravado preexistente, ahora incorporado al párrafo 3º, en idénticos términos que la redacción anterior y sin perjuicio, finalmente, de reproducir exactamente las penas previstas para el tipo básico, se introduce, en el párrafo 1º, un nuevo subtipo agravado para el círculo de personas que restringe, con la siguiente redacción literal:

"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 (...)"

a) Predeterminación legal del sexo, diferenciado, de los sujetos activo y pasivo del subtipo agravado

Respecto del sujeto activo del delito, en principio, la expresión inicial del precepto ("el que por cualquier medio o procedimiento (...)"), o la mención de "otro", pudieran sugerir que se trata de un delito con sujeto activo indiferenciado y, en particular, indiferenciado en cuanto a su sexo. Sin embargo, si ello es así en relación con el sujeto pasivo a que se refiere el segundo inciso, esto es, la persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, no puede afirmarse lo mismo respecto del inciso cuya constitucionalidad se cuestiona, por cuanto tales expresiones, en principio neutras, van acompañadas, en ese inciso, de una referencia a "la ofendida", lo que claramente identifica el sexo del sujeto pasivo y, en cuanto al activo, la inclusión de los términos "esposa" y "mujer ligada a él " deja poco margen para una interpretación, sostenida por algunos autores, que admita la autoría femenina respecto de este inciso en el que, se insiste, es en todo claro el sexo necesariamente femenino del sujeto pasivo. Se

trataría, por lo demás, de una interpretación notoriamente absurda, que excluiría las relaciones matrimoniales o análogas homosexuales masculinas, y admitiría la tipicidad en el seno de esas mismas relaciones femeninas. Esa interpretación pugnaría, además, con el espíritu de la norma de origen, la cual, sin reserva alguna, define la violencia de género, en su art. 1, como aquélla que "como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia". Norma de origen que, por cierto, revela, en diversos preceptos, una notable inquietud por la corrección político-lingüística incompatible con una interpretación tan audaz en relación con la posible autoría femenina del delito en cuestión, siempre, se reitera, y en esto no hay atisbo de duda, sobre sujeto pasivo femenino. Como ejemplo de esa "precisión" del lenguaje de la norma, pueden citarse las referencias a "hijos e hijas" de los arts. 7 c) y 44.2 e) y de la Disposición Adicional 19a.

Admitido que el precepto, en el inciso cuestionado, presupone un sujeto activo hombre y, correlativamente, un sujeto pasivo mujer, se exige, además, una relación, actual o pasada, conyugal o de afectividad análoga. Este segundo elemento "relacional" no añade nada significativo a la discriminación por sexo que impone la norma, pues la relación de afectividad análoga a la conyugal era y es concebible respecto de sujetos heterosexuales u homosexuales y, desde la entrada en vigor de la Ley 13/2005, también lo es la relación matrimonial entre personas del mismo sexo. En este caso, por otra parte, debe tenerse en cuenta que el Código Civil ha optado por emplear el término neutro de "cónyuges" y no parece que, con independencia de la posible pervivencia de roles diferenciados en la pareja homosexual, sea posible referirse, en sentido técnico jurídico, a ninguno de sus componentes, como "esposo y esposa" o "marido y mujer".

En definitiva, las notas definitorias de la agravación son el sexo de los sujetos del delito y la relación conyugal o análoga entre ellos. No lo es, a

diferencia de lo que sucede en el caso del segundo inciso, la convivencia de los sujetos, lo que significa un alejamiento de los fines de preservación de la paz familiar como bien jurídico protegido, tal como se concebía, al menos en su origen, la protección específica que otorgaba el tipo de violencia habitual, para responder, al tiempo, a las inquietudes de constitucionalidad que planteaba la norma concursal que incorpora.

Por el contrario, la eliminación del requisito de convivencia y la limitación del sexo diferenciado y necesariamente masculino del autor, apuntan, más bien, en una dirección distinta, indicada en la propia norma de origen, que permitiría identificar, como bien jurídico adicional a la integridad física y psíquica de las personas a que se refiere el Título, la proscripción de conductas discriminatorias, expresadas de forma violenta, en un ámbito muy concreto, el de las relaciones de pareja heterosexuales, por parte del hombre sobre la mujer.

No obstante, la inclusión, en el mismo párrafo, con idéntica agravación, de una referencia a la víctima especialmente vulnerable sugiere, igualmente, un fundamento de agravación distinto, relacionado con el abuso de superioridad presunto, en esas relaciones de pareja heterosexual, en el hombre/agresor o, alternativa o cumulativamente, con una situación de vulnerabilidad, también presunta, en esas relaciones, en el caso de la mujer/víctima, cuestiones sobre las que se incidirá, nuevamente, al valorar la vulneración de principios y derechos fundamentales que la norma puede representar y que motiva el planteamiento de la cuestión.

b) Consecuencias jurídicas diversas en función del sexo de los sujetos

Pena imponible

En sede de penalidad, este nuevo subtipo agravado se castiga con:

- o prisión de seis meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de

31 a 80 días y, en todo caso,

- o privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años y, potestativa mente
- o inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, por tiempo de hasta cinco años, sin precisar el mínimo, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor.

Teniendo en cuenta que se mantiene la elevación de las penas a su mitad superior, tanto en relación con las previstas en el tipo básico, que reproducen las de la redacción derogada, como con las señaladas al nuevo tipo agravado y que se incorpora una rebaja potestativa de las penas, en relación con el tipo básico o cualquiera de los agravados, en un grado, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, las diferencias en función del sexo de los sujetos o de la especial vulnerabilidad de la víctima conviviente, se pueden precisar en los siguientes términos:

o En relación con el tipo básico del párrafo 2º:

- o La pena de prisión, alternativa a la de trabajos comunitarios de idéntica duración para el subtipo agravado del párrafo 1º, tiene un mínimo de seis y no de tres meses.
- o La pena potestativa de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, carece de mínimo, en el tipo del párrafo 1º, frente al fijado en seis meses del párrafo 2º, pero su máximo es de cinco años en el tipo agravado y sólo de tres años en el básico.
- o En relación con el subtipo agravado del párrafo 3º, al operar sobre el básico, determina un mínimo de prisión, de siete meses y 16 días de prisión, mientras que ese mínimo, en relación con el párrafo 1º, es de nueve meses y un día, siendo el máximo de prisión y la extensión de la alternativa de trabajos comunitarios, idénticos. En cuanto a la pena de inhabilitación especial, ante el silencio legal en el párrafo 1 en lo relativo a

su mínimo, la extensión de la pena tipo debe fijarse entre tres meses, mínimo general de la pena conforme a los arts. 39 b) y 40.1 CP y cinco años, en el subtipo agravado. En consecuencia, si, en relación con el tipo básico, la agravación del párrafo 3º supondría una pena de 21 meses y 1 día a tres años de inhabilitación, esa misma agravación, operando sobre el subtipo agravado del párrafo 1º, significaría una pena de 31 meses y 16 días a cinco años.

- o En relación con la rebaja potestativa de pena en un grado, el término de referencia de la pena de prisión será de seis meses o nueve meses y un día, para los casos del art. 153.1 o 153.1 y 3 y, en consecuencia, la pena resultante será de tres a seis meses menos un día o de cuatro meses y 21 días a nueve meses respectivamente. En cambio, esa misma atenuación, en relación con el art. 153.2 o 153. 2 y 3, determinará una pena de un mes y 15 días a tres meses menos un día o de tres meses y 21 días a siete meses y quince días, respectivamente, con la peculiaridad de que, conforme a lo previsto en el art. 71.2 CP, toda pena de prisión inferior a tres meses ha de ser sustituida legalmente, aunque, en virtud de la remisión al art. 88 y de la modificación introducida también por LO 1/2004, por tratarse de un caso de violencia de género, quedaría vedada, en principio, la sustitución por multa, limitándose la opción a una pena, como la de trabajos comunitarios, prevista ya en el tipo, lo que constituye una notable anomalía técnica, además de una nueva agravación indirecta por razón de género. Paradójicamente, la imprevisión de mínimo para la inhabilitación del párrafo 1º determinaría una pena rebajada en un grado de un mes y 15 días a tres meses menos un día, para el subtipo agravado y de tres meses a 6 meses menos un día, para el tipo básico. En caso de aplicarse, a uno u otro, la agravación del párrafo 3º y rebajarse, después, la pena, en cambio, ésta sería de 10 meses y 15 días a 21 meses, en el supuesto del art. 153.2, 3 y 4, y de 15 meses y 21 días a 31 meses, en el contemplado en el art. 153.1, 3 y 4.

Alternativas a la pena privativa de libertad

Por razón de su consideración como delito de violencia de género (art. 1.3 LO 1/2004), ligado, en su definición legal (art. 1.1), a la diferencia de sexo entre sujeto activo masculino y pasivo femenino, en relación conyugal o análoga, el régimen de alternativas resulta agravado en los siguientes términos:

- Sustitución

- o Sólo se admite la sustitución de la pena de prisión por la de trabajos comunitarios, prohibiéndose la sustitución por multa
- o Se imponen, como condiciones necesarias y no discrecionales de la sustitución:

- La sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico
 - La prohibición de acudir a determinados lugares
- La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal o la de comunicarse con ellos (art. 88.1 párrafo 3º CP, reformado por LO 1/2004).

Suspensión.

- o Se imponen, como condiciones necesarias y no discrecionales de la suspensión (art. 83.1 6º, párrafo 2º CP):

- La prohibición de acudir a determinados lugares.
- La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal o la de comunicarse con ellos.
- La participación en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares.

- o El incumplimiento de las anteriores condiciones impone, sin alternativa alguna, la revocación de la suspensión (art. 84.3 CP).

La duda de constitucionalidad se suscita, tan sólo, en cuanto al primer

inciso del párrafo 1º del art. 153, en cuanto hace referencia a la condición necesariamente femenina de la víctima y, correlativamente, masculina del agresor, como elemento de agravación de la pena de prisión que constituye uno de los términos de la alternativa y de la pena potestativa de inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, con los efectos reflejos correspondientes descritos en cuanto a la agravación del párrafo 3º, a la atenuación del último párrafo y al régimen de alternativas a la ejecución de penas privativas de libertad. No se cuestiona, por el contrario, la constitucionalidad de la agravación referida a la condición de persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

CUARTO. - PRECEPTOS CONSTITUCIONALES QUE SE CONSIDERAN INFRINGIDOS

Los preceptos constitucionales que se consideran infringidos por la norma cuestionada son los artículos 10, 14 y 24.2 de la Constitución Española.

Comenzando por la posible vulneración del art. 14, en concreto, se entiende que el derecho a la igualdad que consagra se ve conculcado en razón de la discriminación por razón de sexo que dimana de la definición de los sujetos activo y pasivo, en el precepto cuya constitucionalidad se cuestiona.

El art. 14 CE persigue la interdicción de determinadas diferencias contrarias a la dignidad de la persona, entre las que se cuenta la expresa prohibición de la discriminación por razón de sexo (STC 19/1989), lo que impide, en principio, considerar al sexo como criterio de diferenciación (STC 28/1992).

Con carácter general, el Tribunal Constitucional ha desarrollado una doctrina sobre el derecho a la igualdad en la ley cuyos rasgos esenciales pueden resumirse en los términos propuestos por STC 76/1990, de 26 de

abril, reproducidos por la más reciente STC 253/2004, de 22 de diciembre:

a) No toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del art. 14 de la Constitución, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable.

b) El principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional.

c) El principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados.

d) Por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resulten de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos".

En el mismo sentido, la STC 181/2000, de 29 de junio, tras recordar que el principio de igualdad prohíbe al legislador *"configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al*

incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria". La citada sentencia insiste en el recurso a cánones complementarios de enjuiciamiento en esa fiscalización de la ley, como la exigencia de justificación objetiva y razonable en la diferencia y a pautas derivadas del principio de proporcionalidad y, más in extenso, de la necesaria adecuación entre las medidas adoptadas y los fines perseguidos.

Siguiendo el esquema propuesto por la citada STC 253/2004, con cita de la también citada STC 181 /2000, el análisis de la ley de cuestionable compatibilidad con el derecho a la igualdad sería el siguiente:

- 1) Constatación de la diferencia de trato
- 2) Valoración de la justificación de la diferencia, que ha de ser objetiva razonable
- 3) Juicio de proporcionalidad entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida.

- 1) Constatación de la diferencia de trato

Sintetizando las conclusiones anticipadas, las diferencias que el precepto cuestionado introduce se refieren a los siguientes apartados:

- Pena imponible.

La agravación de la pena no es un efecto necesario e ineludible, ya que están previstas alternativas de idéntica duración a las señaladas al tipo básico y el máximo de la pena de prisión es también el mismo. Sin embargo, en el proceso de determinación de la pena, la diferencia establecida en función del sexo restringe el espectro de pena imponible, en sentido agravatorio, en cuanto que es excluida, en la determinación de la pena en concreto, el tramo comprendido entre tres y seis meses de prisión, previsto en el tipo básico, con el efecto reflejo correspondiente en relación con el tipo atenuado y con el agravado del párrafo 3º.

- Agravación del sistema de alternativas a la pena privativa de libertad.

En este caso, salvo que se opte por la pena no privativa de libertad, la imposición de pena de prisión, con independencia de su concreta duración dentro de los límites señalados en el precepto, los casos del art. 153.1 con sujeto activo hombre y sujeto pasivo mujer, como comprendidos en la definición de violencia de género del art. 1 de la LO 1/2004, conllevará un régimen agravado de suspensión sustitución que puede resumirse en los siguientes términos:

- La sustitución de la pena de prisión excluye la alternativa de pena de multa (art. 88.1 párrafo 3º) y se acompañará, de forma imperativa, de la condición de sujeción a programas específicos, de reeducación y tratamiento psicológico y de la prohibición de acudir a determinados lugares, de aproximarse a la víctima, familiares u otras personas y la de comunicarse con ellas.
- La suspensión de la pena se acompaña, también de forma imperativa, de la sumisión a las condiciones mencionadas en sede de sustitución y su incumplimiento conlleva, necesariamente, siempre a diferencia de cualquier delito no definido como violencia de género, la revocación de la suspensión (art. 83.1.6º párrafo 2º CP).

2) Valoración de la justificación de la diferencia.

La premisa de la que ha de partirse en este punto es la afirmación, recogida ya en la STC 8111982, según la cual corresponde a quienes sostengan la legitimidad constitucional de la diferenciación, ofrecer el fundamento razonable y teleológicamente justificado. Y, como señala la citada Sentencia, tal carga se torna aún más rigurosa, en aquellos casos en que el factor diferencial es, precisamente, uno de los típicos que el artículo 14 concreta para vetar que puedan ser base de diferenciación, como ocurre con el sexo, además de con la raza, la religión, el nacimiento y las opiniones.

En segundo lugar, ha de tomarse en cuenta, en esta valoración, que la integración sistemática del art. 14 con otros preceptos de la Ley Fundamental, modula su contenido y, así, la igualdad que el art. 1.1 CE proclama como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico- inherente, junto con el valor justicia, a la forma de Estado Social que ese ordenamiento reviste, pero también a la de Estado de Derecho- no sólo se traduce en la de carácter formal contemplada en el art. 14 y que, en principio, parece implicar únicamente un deber de abstención en la generación de diferenciaciones arbitrarias, sino, asimismo, en la de índole sustancial recogida en el art. 9.2, que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la de los individuos y los grupos sea real y efectiva. Por este motivo, no podrá entenderse discriminatoria y constitucionalmente prohibida- antes al contrario- la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que los poderes públicos emprendan en beneficio de determinados colectivos, históricamente preteridos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, sea suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancialmente (SSTC 128/1987, 166/1988, 19/1989, 145/1991, 216/1991 y 28/1992).

El Tribunal Constitucional acoge, en estas afirmaciones, la doctrina de la "acción positiva", del "derecho desigual igualatorio" (STC229/1992, de 14 de diciembre), que se puede definir como un remedio corrector de pasadas injusticias que han recaído sobre grupos determinados, procurando una redistribución del empleo, la educación, los cargos públicos y otros bienes escasos, en favor de esos grupos, caracterizados normalmente por su raza, etnia o género, llegando a otorgarles un trato preferencial que facilite su acceso a esos bienes, como compensación a actuales o pretéritas discriminaciones dirigidas contra ellos, con la finalidad última de procurar una distribución proporcionada de esos bienes.

El origen histórico de la "acción positiva" suele situarse en EEUU, en concreto, en las iniciativas federales de la Administración Johnson de 1965, en principio dirigidas a incidir en el ámbito laboral y en relación con las minorías raciales. En la Jurisprudencia, esta doctrina es acogida, en materia

laboral, a partir del caso Griggs y. Duke Power Co., de 1971 y, en materia educativa, encuentra su referencia inicial en el caso Regents of the Univ. of California v. Blake, de 1978, en el que el Tribunal Supremo, por primera vez, estableció que las universidades podían tener en cuenta la raza en la admisión de estudiantes, con el propósito de alcanzar una determinada diversidad en su alumnado.

En otros países, se han admitido políticas de acción positiva, en relación con determinados grupos definidos por su raza, religión o género. Así, el Acuerdo de Viernes Santo impone, a la Policía de Irlanda del Norte, un reclutamiento paritario entre católicos y protestantes; en India se reservan determinadas plazas universitarias a los intocables y en Alemania se estudian iniciativas que privilegien el acceso al trabajo de la mujer en igualdad de condiciones con el hombre que pretenda el mismo puesto, por citar sólo algunos ejemplos.

En el art. 141.4 del Tratado CE, cuyo contenido reiteran la Directiva 2002/73/CE y la Propuesta de Directiva 2004/0084(COD), anunciando ya cuál es el ámbito "natural" de estas medidas, se establece que "*con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales*". En la Directiva 2000/43/CE, en relación con la aplicación de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, su art. 5, bajo el epígrafe de "acción positiva", se refiere a las "*medidas específicas para prevenir o compensar las desventajas que afecten a personas de un origen racial o étnico concreto*".

En España, el Tribunal Constitucional se ha hecho eco de la legitimidad de estas políticas, precisamente en relación con supuestas discriminaciones por razón de sexo y ha considerado justificada, como razonable y fundada en causas objetivas, la diferencia de trato de la mujer

en relación con las "medidas de acción positiva en beneficio de la mujer" (STC 3/1993), en virtud de las cuales, la mujer, como sujeto protegido de las mismas (STC 229/1992), pero, sobre todo, como agente o sujeto activo de su propia realización personal, pueda contribuir a poner fin a una situación de inferioridad en la vida social y jurídica, caracterizada en especial por la existencia de numerosas trabas de toda índole, en el acceso al trabajo y en la promoción en la actividad laboral y profesional (STC 128/1987). En esta misma línea de incidir en la relación de estas medidas con la promoción de la igualdad de oportunidades en el ámbito laboral y con el imperativo del art. 9.2 CE, se afirma que *"se justifican así constitucionalmente medidas a favor de la mujer que estén destinadas a remover obstáculos que de hecho impidan a la realización de la igualdad de oportunidades de hombres y mujeres en el trabajo, y en la medida en que dichos obstáculos puedan ser removidos efectivamente a través de ventajas o medidas de apoyo hacia la mujer que aseguren esa igualdad real de oportunidades y no puedan operar de hecho en perjuicio de la mujer"*.

Las referidas resoluciones y, en términos aún más expresivos, la STC 28/1992, de 9 de marzo, insisten en distinguir "normas protectoras", que responden a una consideración no igual de la mujer como trabajadora, constitucionalmente ilegítima y normas que podrían denominarse "promotoras", esto es, las que contienen medidas tendentes a compensar una desigualdad de partida y que tratan de lograr una igualdad efectiva de acceso y de mantenimiento en el empleo de la mujer en relación con el varón.

Se constata, pues, una limitada recepción de la doctrina de la "acción positiva" que, dado el estado de la cuestión en otros países, no puede imputarse, sin más, a un retraso histórico, tributario de la Historia política española y revelador de una especial postergación de la mujer en nuestro país. De hecho, en Europa, el TJCE, en sentencia de 17 de octubre de 1995, en el caso Kalanke, expresa sus reservas en relación con estas medidas, señalando que no deberán ir más allá del fomento de la igualdad de trato,

de manera que supongan un perjuicio para alguien por su sola pertenencia a un grupo, el definido por el sexo masculino, negando validez a un sistema que asigne prioridad automática a la mujer. Y en el país pionero en la adopción de estas medidas, el movimiento "revisionista" encuentra reflejo en la derogación, previo referéndum, de políticas de este tipo, en Estados como California o Washington, contando con el apoyo de buena parte de las "minorías privilegiadas", y en la obra de pensadores afroamericanos que advierten del efecto perverso de estas medidas, en cuanto pueden contribuir a generar una nueva discriminación fundada en la sospecha de defecto de verdadera capacidad o mérito profesional o académico en sus actuales o potenciales beneficiarios(Martin, D, *"Affirmative Action Around the World: An Empirical Study"*; Sowell, T., *"Quotas on Trial"*) o, en todo caso, resultan ser ineficaces, como demuestra el dato del incremento de estudiantes afroamericanos en la Universidad de California, tras la derogación de estas medidas de preferencia académica.

El legislador español, no obstante, en la norma en la que, por su origen, se integra el precepto cuestionado, realiza una decidida apuesta por la acción positiva, dirigida no a la mujer como tal, sino a la mujer como víctima de la violencia de género, definida restrictivamente en cuanto se circunscribe a la sufrida en el seno de una relación matrimonial o asimilada heterosexual, presente o pasada, aun sin convivencia y consistente en todo acto de violencia física o psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad (art. 1.3 LO 1/2004). Y, así, en su Exposición de Motivos, la Ley invoca la obligación de los poderes públicos, conforme a lo dispuesto en el art. 9.2 CE, de adoptar medidas de acción positiva para hacer reales y efectivos los derechos a la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación proclamados en nuestra Constitución, removiendo los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud.

Pero esta misma Ley, en su pretensión de establecer medidas de protección integral, con la finalidad de prevenir, sancionar y erradicar la violencia de género y prestar asistencia a sus víctimas (art. 1.2), no se

limita a introducir medidas penales, sino que incorpora un nutrido elenco de medidas de sensibilización, prevención y detección en el ámbito de la educación, en sus distintos niveles, de la publicidad o de la Sanidad; de acceso a la información y a la asistencia social y jurídica, con reformas del Estatuto de los Trabajadores y del estatuto funcionarial que se corresponden, claramente, con el concepto de acción positiva. No procede valorar las eventuales dudas de constitucionalidad de esas medidas, ajenas al objeto de esta cuestión y sí, en cambio, la de concretas medidas penales, en cuanto determinantes de la decisión de esta causa. Comenzando, en esa valoración, por negar el carácter de "acciones positivas" de las medidas penales que, como la cuestionada, endurecen la respuesta punitiva en atención a la diferenciación sexual de los sujetos del delito.

En este punto, no pueden sino reproducirse las consideraciones del Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de Medidas contra la Violencia Ejercida sobre la Mujer (hoy LO 1/2004), aprobado por el Pleno, en su reunión de 24-6-04 que, en esencia, vienen a negar la procedencia de la adopción de medidas de acción positiva en ámbitos, como el penal o el orgánico judicial, en los que no exista un desequilibrio previo y no exista escasez de los bienes a los que accede la mujer. En particular, en la tutela penal de derechos fundamentales, no puede apreciarse esa desigualdad de partida y no se justifica, en consecuencia, una superprotección de la integridad física o psíquica de la mujer que significa, al tiempo, una superior restricción de derechos en el hombre, como la que, de modo automático, deriva del tipo cuestionado. No se alcanza a comprender cómo favorece la igualdad de oportunidades para la mujer, en la línea señalada por el Tribunal Constitucional (STC 229/1992), el castigo más severo de conductas como la enjuiciada, cuando son cometidas por un hombre. Aún más incomprensible resulta esa hipótesis, si se tiene en cuenta la insistencia del intérprete constitucional en la idea de la eliminación de trabas para la mujer, más como agente de su realización personal, que como sujeto protegido, lo que significa un superior respeto a la dignidad de la mujer, como persona capaz de regir sus propios destinos, en igualdad de

condiciones, una vez eliminados esos obstáculos de acceso, a través de una política de promoción, que no de protección.

Desde otro punto de vista, que no parece ser el acogido por el Tribunal Constitucional en su concepción de la acción positiva, en cuanto ésta se entienda como destinada a compensar agravios históricos de un grupo desfavorecido, la interpretación según la cual la agravación sería una fórmula de "reparación o compensación" colectiva, por pretéritas discriminaciones sufridas por las mujeres como grupo social, implicaría que dicha pretensión, al hacerlo imputando a cada acusado varón una responsabilidad también colectiva, como "representante o heredero del grupo opresor", chocaría frontalmente, como se razona más adelante, con el principio de culpabilidad que rige el Derecho Penal.

No se cuestiona, pues, la procedencia de introducir diferencias de trato, bajo la cobertura de la acción positiva o de otro modo, en relación con la mujer víctima de la violencia de género. Se cuestiona la procedencia de hacerlo en un ámbito como el penal, ajeno a aquéllos en que se ha venido desarrollando la acción positiva, como el laboral, educativo o de representación política y se pone en duda la cobertura de legitimidad que, con tan errada etiqueta, se pretende revestir a estas medidas penales, insólitas en el Derecho comparado. .

En efecto, el Documento de Trabajo publicado por el Senado francés en febrero de 2005, pone de manifiesto que, en el ámbito europeo al menos, sólo España y Suecia incorporan una infracción penal específica de violencia conyugal. Ello no significa que el resto de los ordenamientos penales europeos permanezcan insensibles al fenómeno de la violencia doméstica y conyugal, ni que, incluso, carezcan de medidas agravatorias específicas, pero todas ellas se caracterizan por su neutralidad sexual. Así, el Código Penal francés que entró en vigor en 1994, hace, de la cualidad de cónyuge o pareja de hecho de la víctima, un elemento constitutivo de una circunstancia agravante; la legislación inglesa sobre violencia doméstica, reformada en noviembre de 2004, permite, dentro de la discrecionalidad característica del sistema de "Common Law", la apreciación por el juez de

la relación entre el agresor y la víctima como agravante en la determinación de la pena y la legislación belga contempla una agravación similar.

Por ello, en definitiva, la cuestión debe ser examinada a la luz de la proporcionalidad de la medida escogida en relación con la diferencia de trato que, a priori, tanto en relación con la mujer como tal, como en su condición de víctima de la violencia de género, puede ser constitucionalmente legítima, a lo que se dedica el apartado siguiente, que incide en la duda de constitucionalidad en razón de la naturaleza penal de la norma diferenciadora.

3) Juicio de proporcionalidad entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida. La primera cuestión que ha de aclararse al respecto es que el juicio de proporcionalidad no se refiere a la agravación de conductas que, como violencia doméstica, introduce el art. 153 CP en su conjunto, en relación con el ámbito personal definido por el art. 173.2 CP. Las posibles objeciones que tal opción legislativa pudiera plantear ya fueron despejadas por el Tribunal Constitucional en el Auto citado de 7-6-2004.

Tampoco se plantea directamente la duda respecto de la agravación adicional que, dentro de ese ámbito, pueda surgir en relación con la violencia conyugal o asimilada. Sí lo hacía el Consejo General del Poder Judicial en el informe al Anteproyecto de LO 1/2004, al poner en cuestión la exclusión del ámbito de protección reforzada a menores o ancianos, en relaciones de subordinación, no necesariamente conyugales o análogas. Sin embargo, se entiende que el precedente del auto de inadmisión mencionado y la doctrina desarrollada por el Tribunal Constitucional en relación con el principio de proporcionalidad (SSTC 55/1996, 161/1997 y 136/199, entre otras), desaconsejan el planteamiento de la cuestión por vulneración de dicho principio, sin perjuicio de su consideración, como se he expuesto en otro lugar, como canon interpretativo de la justificación de la desigualdad. En su apreciación autónoma, se ha considerado que la reforma, en este sentido, sería expresión de *"la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las*

sanciones penales y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con que intenta conseguirlo" (STC 136/1999).

Por último, no se cuestiona, en cuanto no se entienda que predetermina el fallo, por los motivos que se exponen más adelante, la definición de violencia de género del art. 1.1 LO 1/2004, como la ejercida, exclusivamente, por el hombre sobre la mujer, en la medida en que no afecta exclusivamente al ámbito penal y pudiera sostenerse su constitucionalidad en relación con otros ámbitos, en todo caso y desde luego, ajenos al objeto de esta cuestión.

La cuestión se limita a la diferenciación de sujetos en relación con el subtipo agravado del art. 153.1 CP. Y ello no tanto por la diferencia, real, como se ha expuesto, pero, si se quiere, modesta, desde el punto de vista cuantitativo, de sustraer un tramo de pena alternativa de la consideración del Juez en la determinación de la pena, de extender el máximo de la pena potestativa de inhabilitación o de agravar el régimen de alternativas, sino por la propia naturaleza penal de las medidas, que introduce un elemento cualitativo fundamental, presente en reformas que pudieran parecer simbólicas en su aspecto cuantitativo o en su aplicación práctica.

Puede citarse, en este caso, el precedente de la STC 126/1997, la que la discriminación por razón de sexo en relación con los títulos nobiliarios, se admitía, in extremis, por el valor puramente honorífico de éstos: en aquel caso, la diferencia por razón de sexo afectaba a un elemento clave de la institución, su régimen sucesorio, pero la constitucionalidad se afirmaba por afectar a un sector del ordenamiento jurídico, como el Derecho Nobiliario, carente de verdadero contenido material. En uno de los votos particulares que acompañaban la resolución citada, se señalaba que la función más o menos relevante de los títulos nobiliarios no negaría la existencia de la discriminación, aunque "*pueda incidir en la mayor o menor entidad de la discriminación enjuiciada*". El argumento inverso serviría para destacar la especial sensibilidad frente a cualquier tipo de diferencia de trato por razón de sexo, por pequeño que

sea su impacto concreto, al referirse al sector menos simbólico y más contundente en sus respuestas de todo el ordenamiento jurídico, esto es, el Derecho Penal.

El carácter aparentemente "inofensivo" de las medidas, en cuanto dejan abierta, por ejemplo, la aplicación de una pena alternativa idéntica a la que sería aplicable sin consideración al sexo de los sujetos, no puede ocultar el alcance destructivo que, para determinados principios que se desean inmutables en el Derecho Penal, puede tener su incorporación a ese sector del ordenamiento. Porque, al establecer esa distinción por sexo en sede penal, se comprometen, se entiende que de manera injustificada, el principio de igualdad y, eventualmente, los derechos a la presunción de inocencia y a la dignidad de la persona. Por este motivo, el juicio de proporcionalidad, ya en concreto, hace referencia a la naturaleza penal de la medida y, en cuanto a la finalidad perseguida por el legislador, se atiende a distintas justificaciones, alternativas o no, que pueden proponerse en relación con la medida penal agravatoria.

a) Estadísticas y prevención general

En el análisis de posibles justificaciones, ya se han expuesto los serios reparos que presenta la asimilación de la respuesta penal agravada a un supuesto de acción positiva. De hecho, el legislador, cuando desciende a la justificación concreta de las medidas penales, tras realizar una somera descripción de ellas, añade, en la Exposición de Motivos de la LO 1/2004, un párrafo revelador de los verdaderos propósitos de tales medidas, al señalar:

"Para la ciudadanía, para los colectivos de mujeres y específicamente para aquéllas que sufren este tipo de agresiones, la Ley quiere dar una respuesta firme y contundente y mostrar firmeza plasmándolas en tipos penales específicos".

En estas líneas, al margen de las huellas que, en una lectura crítica,

puedan encontrarse de lo que se ha venido a denominar "populismo normativo", se apunta la persecución de fines preventivo generales, pedagógicos, de ejemplo para toda la sociedad, constitucionalmente legítimos, en cuanto el art. 25.2 CE, referido, en principio, tan sólo a las penas privativas de libertad, no establece, ni siquiera para estas penas, que la reeducación y reinserción social sean la única finalidad legítima (AATC 303 y 780 de 1986, SSTC 19 y 23/1988, de 16 y 23 de febrero, entre otras). Precisamente esta persecución de fines de prevención general, en relación con el respeto a fines de prevención especial que propicia un régimen de determinación de la pena cuya flexibilidad, además, se ha acentuado con carácter general, con la introducción del párrafo 6º del art. 153 CP, podría justificar el castigo agravado de la violencia doméstica, en la línea mostrada en el ATC de 7-6-04, o, incluso, una agravación añadida para la violencia conyugal o asimilada.

Sin embargo, se considera que los fines de prevención general pueden perseguirse eficazmente, sin el necesario sacrificio de derechos como el de igualdad, presunción de inocencia o dignidad que la nueva redacción representa. Y que el endurecimiento punitivo amparado por tales fines puede estar justificado cuando se refiere a un tipo de conductas, los de violencia conyugal, pero no estarlo cuando, dentro de ese sector agravado, se selecciona el sexo del sujeto activo para ofrecer una respuesta penal específica y más grave.

Trasladando los argumentos invocados en el tan citado ATC de 7-6-04, en relación con la violencia doméstica, puede defenderse que, dentro de ese ámbito, es posible destacar, en cuanto afecta al núcleo íntimo de las relaciones personales, el de la violencia conyugal o análoga, como problema social de primera magnitud y que, en cuanto a las sanciones previstas, éstas pueden contribuir a evitar o erradicar ese problema. Desde el punto de vista de la proporcionalidad, como se ha dicho, sería defendible una doble agravación en los casos de violencia por ser doméstica y, además, específicamente, conyugal o análoga. Sería necesario responder al interrogante de en qué medida superior resultan

vulnerados los bienes jurídicos específicos que cita el precedente (la paz doméstica, la dignidad de la persona, el derecho a la integridad física o moral o la protección de la familia) en relación con la violencia doméstica, cuando ésta se produce en el seno de la pareja por contraposición, por ejemplo, a la ejercida en el seno de la familia contra ancianos o menores, respecto de quienes, para aplicar idéntica agravación, la nueva redacción exige convivencia y prueba de especial vulnerabilidad. Ese interrogante acaso hubiera podido motivar una reconsideración de la decisión del Tribunal Constitucional, al enfrentarse a ese nuevo supuesto de hecho agravado doblemente, hasta ahora inexistente; pero ese paso intermedio se omite en cuanto el propio legislador lo ha omitido, al realizar una tercera selección y agravar, respecto de la violencia conyugal, sólo la heterosexual y sólo ejercida por el hombre sobre la mujer. Y en este salto cualitativo, desde la agravación por razón de la conducta a la agravación por razón del sexo del autor, pueden perder autoridad argumentos hasta ahora eficazmente esgrimidos para justificar aquélla.

Así, respecto de la magnitud del fenómeno sociológico y criminal de la violencia doméstica, se han invocado datos estadísticos: puesto que son muy frecuentes las agresiones en el ámbito doméstico, es preciso endurecer su castigo, para intimidar a actuales y potenciales maltratadores, argumento inobjetable desde el punto de vista político criminal, pero que no excusa, desde luego, de un juicio de proporcionalidad. En principio, para afirmar que la norma penal persigue *"la preservación de bienes o intereses que no estén constitucionalmente proscritos ni sean socialmente irrelevantes"* (SSTC 111/1993, 66/1995, 55/1996). En este sentido, no se precisa especial reflexión para reconocer la relevancia social del fenómeno de la violencia doméstica y la legitimidad e imperatividad de su erradicación. Y, con este argumento de la relevancia social, no puede ignorarse el dato de la frecuencia superior del maltrato en el seno de las relaciones de pareja, frente a otras relaciones amparadas por el art. 173.2. Así, el Instituto de la Mujer informa de que el número de mujeres muertas por violencia de género, a manos de su pareja o ex pareja fue, en 2004, de 72, frente a 15 casos en el ámbito familiar fuera de esa relación (hija,

madre u otro parentesco) y 2 casos en los que se ignora la relación. En el estudio realizado por el Laboratorio de Sociología Jurídica de la Universidad de Zaragoza, por encargo del CGPJ (*"El tratamiento de la violencia doméstica en el ámbito de la Administración de Justicia"*, respecto de casos de violencia doméstica en general y en el año 1999, se constató un 78% de casos de violencia en la pareja, un 5% de violencia sobre menores y un 17% sobre ascendientes y otros familiares. Desde el punto de vista de la valoración de la relevancia comparativa, no puede ignorarse, aunque sea incidentalmente, que se trata de cifras sobre casos denunciados y que las "cifras negras" en relación con menores y, sobre todo, ancianos, pueden ser más elevadas, al limitarse los mecanismos de detección y denuncia ajenos al entorno familiar más inmediato.

El juicio de proporcionalidad reclamaría, a continuación, una afirmación de la necesidad de una reacción penal frente a esa realidad socialmente relevante y esos bienes jurídicos en peligro constitucionalmente protegibles. En este punto, debe convenirse, de nuevo, en la necesidad y justificación de la respuesta punitiva in genere, ante la magnitud del problema y la conciencia de la insuficiencia de otras medidas para hacerle frente. Sin embargo, en el recurso a la sanción penal, no deberían ignorarse las críticas que denuncian la "huída al Derecho Penal" que ha venido a suplantar la "huída del Derecho Penal", amparada por el principio de intervención mínima, de especial relevancia en el ámbito familiar, por razones todavía no desmentidas y, por el contrario, confirmadas en la experiencia diaria de aplicación de las sucesivas reformas penales en la materia. De hecho, las Sucesivas reformas en la materia han insistido en su propósito de ofrecer una respuesta integral o pluridisciplinar, con respuestas preventivas, asistenciales, de intervención social a favor de la víctima, etc., eso sí, siempre acompañadas de una respuesta penal progresivamente más grave, con una cadencia temporal, en las reformas, que no ha permitido comprobar la eficacia de otras medidas, ni siquiera de la agravación, todavía reciente, que significó la sanción como delito del maltrato ocasional. En este sentido, debe tenerse en cuenta la dudosa eficacia del adelantamiento de la barrera punitiva que significa el castigo como delito de maltrato ocasional, que revela el dato de que sólo en el 19% de los casos de fallecimiento por violencia doméstica existían antecedentes de procedimientos por violencia de este tipo, como indican las conclusiones del Grupo de Trabajo

constituido en el CGPJ, para estudio de los casos de 2001 y 2002. Y, tras la entrada en vigor de las reformas de 1999 y 2003, las cifras de fallecimientos de mujeres por violencia doméstica no han cesado de crecer.

Por último, el juicio de proporcionalidad, ya en sentido estricto, se refiere a la comparación de la gravedad del delito que se trata de impedir y, en general, los beneficios que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales, y la gravedad de la pena que se impone y, en general, los efectos negativos que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales (STC 136/1999). Este juicio de proporcionalidad estricta se considera fruto de un complejo juicio de oportunidad, que atiende *"no sólo al fin esencial y directo de protección al que responde la norma, sino también a otros fines legítimos que pueda perseguir con la pena y a las diversas formas en que la misma opera y que podrían catalogarse como sus funciones o fines inmediatos a las diversas formas en que la conminación abstracta de la pena y su aplicación influyen en el comportamiento de los destinatarios de la norma - intimidación, eliminación de la venganza privada, consolidación de las convicciones éticas generales, refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento, resocialización, etc.- y que se clasifican doctrinalmente bajo las denominaciones de prevención general y de prevención especial. Estos efectos de la pena dependen a su vez de factores tales como la gravedad del comportamiento que se pretende disuadir, las posibilidades fácticas de su detección y sanción y las percepciones sociales relativas a la adecuación entre delito y pena"* (SSTC 55/1996, 161/1997 y 136/1999). En relación con este análisis, podrían surgir dudas en relación con la respuesta punitiva, en cuanto agravada en relación con otros casos de violencia doméstica no conyugal, si el legislador se hubiese planteado la agravación en términos neutros, lo que, obviamente, como se ha reiterado, no ha sucedido. Al no hacerlo, el juicio de proporcionalidad que autónomamente no se plantea, se suscita como canon interpretativo de la justificación de la desigualdad por razón de sexo y en esa medida, deben reproducirse las anteriores consideraciones de la Jurisprudencia constitucional, pero ahora desde una óptica muy distinta, pues no se parte aquí de la libertad del

legislador en la configuración de tipos y sanciones, sino, precisamente, de su obligación de fundamento reforzado de la diferencia que introduce, por lo que las conclusiones del juicio de constitucionalidad pudieran ser negativas.

Así, ya en referencia con la concreta reforma cuestionada, se ha invocado, con frecuencia, el argumento estadístico, ahora con la matización de que, puesto que la mayoría de los maltratadores son hombres (entendido el maltrato en el sentido en que lo hace el art. 153 CP), se justifica una agravación para éstos. Sin embargo, la justificación "estadística" que, como se acaba de exponer, podría ser válida para reforzar el juicio de proporcionalidad en cuanto a la sanción agravada de la violencia doméstica frente a otro tipo de violencia, e, incluso, a la agravación añadida de la violencia conyugal, no se entiende asumible cuando se invoca en relación con una agravación de la violencia conyugal masculina exclusivamente. No es lo mismo razonar que, puesto la mayoría de las agresiones integrantes del concepto de violencia doméstica se cometen en el seno de una relación conyugal o de análoga afectividad, pretérita o actual, está justificado castigar más estas conductas, que, dando un paso más, afirmar que, puesto que la mayoría de estas agresiones son cometidas por hombres, es legítimo castigar más a éstos, porque, en este momento del razonamiento, entra en conflicto un nuevo derecho, de singular protección, como es el derecho a la igualdad que proscribire la discriminación por razón de sexo y porque esa pretensión se inscribe en el marco del ordenamiento penal y no en otros sectores. En este momento, el juicio de proporcionalidad ya no se refiere a la gravedad del delito que se trata de impedir, que sigue siendo, en principio, el mismo y a los efectos negativos que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales afectados por la norma penal, sino que, junto esa afectación general, aparece, de forma novedosa y se entiende que definitivamente perturbadora, el derecho a la igualdad.

Ciertamente, cuando se introduce el dato del sexo del sujeto activo, las estadísticas demuestran una proporción muy superior de agresores

varones. Así, respecto a 1999, el mencionado estudio de la Universidad de Zaragoza revela una proporción, en casos de violencia en la pareja, de un 91.15% de agresores varones, frente a un 8.6% de agresoras. Siendo innegable el dato, la cuestión es si justifica o no, por sí solo, la agravación, para conductas idénticas, las de violencia conyugal, en atención al sexo masculino del autor (y femenino de la víctima). Por sí solo, desde luego, habría que calificar de pueril y peligroso el argumento según el cual, al ser superior el número de hombres que cometen este delito, pueden y deben ser más gravemente castigados. Entre otros motivos, porque ese argumento desnudo autorizaría a castigar cualquier delito cometido por un hombre con mayor severidad, ya que el número de delincuentes varones es abrumadoramente superior al de mujeres.

Tomando el dato de la población reclusa, el porcentaje de mujeres presas ha ido descendiendo, en relación con los hombres, desde el 8.21% en 2001 y el 7.96% en 2002, hasta el 7.86% en 2003, según la Dirección General de Instituciones Penitenciarias. Todavía son inferiores los porcentajes de mujeres condenadas que alcanza el 6.91%, según las estadísticas judiciales oficiales. Pero sucede, además, que si se desciende al detalle de concretos delitos, hay otros en los que el índice de condenas a mujeres es inferior respecto al señalado para la violencia conyugal o análoga y, así, lo es, en todos los casos, inferior al indicado 8.6%, excepto en delitos contra el honor, contra la Administración Pública y de Justicia, y, ocasionalmente, en delitos contra la Constitución y la Paz e Independencia de la Nación. En un tipo de delitos de tan marcada "neutralidad sexual" como los patrimoniales, el porcentaje es muy parecido al de violencia de género (entre el 7.16%, en 1998 y el 8.71%, en 2003). Curiosamente, el porcentaje alcanza niveles mínimos, del 3.27%, en delitos contra la seguridad del tráfico. Podríamos preguntarnos si el hecho de que el hombre cometa un número escandalosamente superior de delitos de este tipo, en relación con la composición del universo de conductores, autorizaría una agravación de la penalidad en estos casos, invocando, por ejemplo, que revela una tendencia a la agresividad al volante, característica del hombre que, sin duda, podrían avalar determinados estudios psicológicos o

sociológicos. Y, en el caso de delitos cuya vinculación con el sexo es más evidente, como los delitos contra la libertad sexual, se legitimaría una agravación para los delincuentes varones, que representan el 97,21 % del total, ignorando las reformas que el legislador ha introducido para despojar a delitos como la violación de limitaciones relativas al sexo del sujeto pasivo e ignorando que, en el caso de la violación al menos, podría buscarse un serio y objetivo Fundamento técnico jurídico de agravación en el plus de antijuridicidad que representa la mera inquietud de sufrir un embarazo, con independencia de que finalmente se confirme o no, en el supuesto de víctima mujer fértil.

En el caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali*, el TEDDHH, en sentencia de 285-85, ya afirmaba que sólo razones de peso muy considerable pueden justificar una diferencia de trato por razón de sexo compatible con la Convención. Y, en relación con las estadísticas aportadas en relación con el impacto en el mercado de trabajo de los inmigrantes de uno u otro sexo, se estimaban un argumento no convincente para justificar las normas británicas de 1980 de inmigración que introducían determinadas diferencias en materia de reagrupación familiar. En ese caso se trataba de proteger el mercado de trabajo, y, al respecto, el hecho comprobado de que un número mayor de inmigrantes que se incorporarían al mercado de trabajo serían hombres, no entendió que no justificaba un régimen agravado de concesión de permisos de residencia, con implicaciones sancionadoras, para aquellos inmigrantes varones que pretendieran reunirse con sus esposas residentes en el Reino Unido. Siendo los fines legítimos, en ese caso como en éste, las estadísticas no son siempre un argumento para justificar la desigualdad de trato.

Si el mero dato estadístico no parece suficiente para justificar la excepción al principio de igualdad en una norma penal, la búsqueda de fundamentos adicionales revela, en un análisis más profundo, nuevos motivos de inquietud acerca de la constitucionalidad de esa norma. Podría plantearse que el dato estadístico debe enlazarse con lo que significaría de manifestación de:

- Un abuso de superioridad por parte del autor hombre sobre su víctima mujer.
 - Una situación de vulnerabilidad en la víctima mujer.
- Una conducta discriminatoria, que lesionaría la dignidad y el derecho a la igualdad de la mujer.

Sin embargo, en la medida en que 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, se entiende que tales planteamientos no justificarían la diferencia de trato y serían, en sí mismos, contrarios a la Constitución.

b) La agravación como medida antidiscriminatoria.

De todos los argumentos hipotéticos citados, en principio, el que pudiera encontrar un fundamento más claro en la norma de origen sería el relativo al ánimo discriminatorio implícito. Podría argumentarse que, enlazando el texto del artículo cuestionado con la definición de violencia de género contenida en el tan mentado art. 1.1 de la LO 1/2004, el fundamento de agravación residiría, no en el dato del sexo del autor, sino en lo que su conducta agresiva contra la mujer significaría de *"manifestación de la discriminación, la situación de inferioridad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres"*. Se trataría, pues, de justificar la agravación, dentro del círculo personal propio de la violencia doméstica, por un ataque suplementario al propio derecho a la igualdad y a la proscripción de discriminación sexual. Sin embargo, en relación con la fórmula de protección de este bien jurídico adicional, se reproducen las dudas de constitucionalidad.

En primer lugar, desde el punto de vista técnico jurídico, la vinculación de la redacción del art. 153.1 con el concepto de violencia de género es arriesgada a la luz de los principios de legalidad y taxatividad de

las normas penales. En otros pasajes, como en la reforma de los arts. 83, 84 y 88 CP, también reformados por LO 1/2004, cuando el legislador ha querido emplear el término "violencia de género", lo ha hecho así expresamente y no lo hace, en cambio, en el texto cuestionado, referido a conductas ajenas al concepto de violencia de género y objeto de reforma en otros aspectos. Al generar el legislador, en su redacción de la norma, semejante duda interpretativa, introduce un muy relevante riesgo para la seguridad jurídica, en cuanto el enunciado normativo ha de marcar en todo caso, *"una zona indudable de exclusión de comportamientos"*, lo que constituye un presupuesto imprescindible para garantizar la previsibilidad de la aplicación de la norma sancionadora, *"vinculada a los principios de legalidad y de seguridad jurídica, aquí en su vertiente subjetiva, que conlleva la evitación de resoluciones que impidan a los ciudadanos programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas, por actos no tipificados previamente"* o menos severamente castigados (STC 11/2004, de 12 de julio, con cita de las SSTC 137/1997, 151/1997, 236/1997, 273/2000 y 64/2001).

En segundo lugar, y en relación con la anterior afirmación, la posibilidad de una interpretación conforme a la Constitución de la norma no permitiría considerar la cuestión de inconstitucionalidad en sí misma como mal fundada, pues lo cierto es que el art. 163 CE y el art. 35 LOTC, *"se limitan a exigir, como único requisito de fondo, el que una norma con rango legal aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, sin condicionar el planteamiento de la cuestión a la imposibilidad de la interpretación conforme a la Constitución"* y la regla del art. 5.3º LOPJ *"no puede entenderse como limitativa de los términos sobre el planteamiento de la cuestión contenidos en el art. 37 LOTC, y ofrece únicamente a los Jueces y Tribunales la alternativa entre llevar a cabo la interpretación conforme con la Constitución o plantear la cuestión de inconstitucionalidad"*.(STC 105/1988, de 8 de junio). Pero no se trata, siquiera, en este caso, de utilizar la cuestión con carácter consultivo para valorar, entre varias posibles, la interpretación y aplicación de la norma más acomodada con la Constitución, como uso prohibido frente al que

advierte el Tribunal Constitucional en numerosas resoluciones (SSTC 157/1990 222/1992, 126/1997). Se trataría, a lo sumo, de proponer hipótesis de acomodación a la Constitución que, como indicaciones o sugerencias serían irrelevantes, que se entiende no serían bastantes para decretar la inadmisibilidad de la cuestión (STC 222/1992) y que, revelarían, en todo caso, la posibilidad de dictar una sentencia interpretativa que indicase la única interpretación constitucionalmente admisible de la norma cuestionada, de forma análoga, por ejemplo, a lo que sucedió con el art. 509 del derogado CP (STC105/1988, de 8 de junio) o, más recientemente, con el art. 563 CP (STC 24/2004, de 24 de febrero).

En tercer lugar y sin perjuicio del superior y definitivo criterio del Tribunal a quien en exclusiva corresponde decidir al respecto, la interpretación que se ha reseñado, como ya se ha anticipado, se considera, también, de dudosa constitucionalidad. Porque, aunque el fundamento "discriminatorio" comentado pudiera justificar la agravación, no se entiende cómo podría justificar, a su vez, su limitación al hombre. Esto es, aunque se exigiese la prueba en el caso concreto de ese fundamento, rechazando la agravación cuando la agresión no se revelase relacionada con manifestación alguna de esa actitud discriminatoria sobre la mujer, no se superaría la objeción de no justificación de la excepción al derecho a la igualdad en la descripción de los sujetos.

El móvil o ánimo discriminatorio, al menos en el plano abstracto, en el que se supone ha de desenvolverse la redacción de los supuestos de hecho en los tipos penales, es concebible, tanto en relación con un sujeto activo hombre, como con un sujeto activo mujer, en delitos como el contemplado en el art. 153 y en otros distintos, en el seno de relaciones de pareja, familiares, laborales o de otro tipo. Existe, al respecto, además, una agravación genérica, sin distinción de sujetos, en el art. 22.4º CP, en cuanto se demuestre que el delito se ha cometido por motivos de discriminación referente, entre otros motivos, al sexo u orientación sexual de la víctima. Pero, centrándonos en el caso de agresiones ocasionales en la pareja y aun limitando el móvil a la discriminación sólo de la mujer, no

puede negarse que ésta también puede ser sujeto activo con esos presupuestos objetivos y subjetivos, en cuanto la agresión sea una manifestación de la situación de discriminación de la propia mujer, con efectos nocivos para la perpetuación de esa situación en que histórica y actualmente se le ha mantenido. Un ejemplo, que en la realidad sociológica actual no es, ni mucho menos, una hipótesis de laboratorio, acaso pueda aclarar la anterior afirmación: en una discusión conyugal, el "tirón de orejas" del caso al que esta cuestión se refiere, realizado por la mujer sobre su marido, en una situación en la que ella trabajara fuera y él asumiera las tareas domésticas y el cuidado de los hijos, podría ir acompañado de un comentario de la mujer relativo a la "escasa hombría" del agredido por razón de su opción laboral, en cuanto extraña al estereotipo que se desea combatir viene asignando a la mujer. Una conducta semejante revelaría un ánimo discriminatorio y atentaría contra el derecho a la igualdad de hombres y mujeres aunque la autora, en el caso, fuera una mujer. Sólo desde una vocación demagógica puede despreciarse, con la gravedad añadida de hacerlo en una norma penal, la responsabilidad que las mujeres hemos tenido y seguimos teniendo en la pervivencia de la desigualdad, la asunción, más o menos consciente, de la diferencia de roles sociales y sexuales y la expresión de tales prejuicios en conductas violentas o no. Lo que se entiende que no puede hacer el legislador es excluir de una agravación así fundada a la mujer y, además, presumir ese fundamento en el hombre por el hecho de ser hombre, en las agresiones ocasionales dentro de la pareja.

Y esto es, en definitiva, lo que se considera que ha hecho el legislador: presumir la intención discriminatoria, en las conductas descritas, cuando el sujeto activo es hombre y el pasivo mujer y mantienen o han mantenido una relación de pareja entre ellos. En esa presunción subyace una extensión de la responsabilidad de grupo al concreto individuo juzgado, una recuperación del Derecho Penal de Autor, superado por el principio de culpabilidad que significa una de las más honrosas conquistas históricas del Derecho Penal desde sus orígenes y que implica, entre otras cosas, que la responsabilidad consecuencia de la culpabilidad, en cuanto deber jurídico

que se impone al individuo imputable de responder de su acción, típicamente antijurídica y culpable y de sufrir sus consecuencias jurídicas, civiles y penales, sólo puede exigirse a las personas individuales y por hechos propios, sin que se admita la responsabilidad colectiva, en que la pena del delincuente trasciende al grupo familiar o social, como sucedía en el Código de Ammurabí, en Grecia, en el Derecho Germánico primitivo, o en las excomuniones colectivas o infamia para los hijos de herejes del Derecho Canónico o, más recientemente, en el Código Federal de Crímenes Políticos de la antigua U.R.S.S. de 1934, que penalizaba a familiares de desertores y traidores.

En este caso, en el fondo, al margen de la conducta en sí, castigable, si se quiere, con una agravación por el ámbito doméstico en que se comete, si se quiere, incluso, con una agravación más, por razón del ámbito conyugal o asimilado en que se produce, se agrava, además, en cuanto el sujeto activo se erige, por razón de su pertenencia al grupo identificado como opresor, en agresor cualificado, con independencia de que el sujeto, en concreto, realice o no la conducta "opresora" o discriminatoria, sin exigir que esa conducta concreta, cometida por él, con nombre y apellidos y no por "un hombre", se revele discriminatoria. Trasladando el caso a otros supuestos, clásicos, de riesgo de discriminación, deberíamos presumir que todo despido de una mujer es discriminatorio, desde luego con menor riesgo de derechos si se entendiese como una inversión de la carga de la prueba en el proceso laboral. O, ya en el ámbito penal, que toda agresión física contra un individuo de raza negra (cabe entender que por otro de raza blanca), es discriminatoria y debe ser castigada en mayor medida, aunque, por ejemplo, se relacione con un móvil claramente económico. Resulta claro que la agravación, plenamente justificada, exige la prueba de su concurrencia en el caso concreto y que, dentro de la agravación por un motivo u otro, no es razonable identificar en la ley la pertenencia de los sujetos a un grupo u otro. En definitiva, tan falsa es la afirmación de que sólo en las relaciones de afectividad conyugal o análoga, la violencia tiene motivación de género, como la de que, en todas esas relaciones, cualquier conducta violenta, por más que sea dirigida

del hombre a la mujer, lo tiene. Puede no tener esa motivación en esos casos, puede tenerla aunque el sujeto activo sea mujer.

En este sentido, siendo evidente que la prohibición de discriminación está directamente relacionada con el derecho a la igualdad, también lo es que esa vinculación, manifiesta en su regulación en un mismo precepto constitucional, ha revelado, al tiempo, caracteres diferenciales entre uno y otro principio, de manera que el trato discriminatorio se distinguiría del trato desigual genérico, arbitrario, por su relación con ciertos caracteres diferenciales de la víctima que, con arreglo a criterios sociales imperantes, pueden conducir a situaciones de marginación y rechazo social, respecto a la mayoría dominante. Cuando el legislador ha asumido la incorporación de medidas antidiscriminatorias al ámbito penal, ha mencionado, como se expone a continuación, los motivos de la discriminación prohibida y sancionada penalmente, pero no ha identificado a los grupos discriminadores o discriminados, entre otros motivos, porque esa identificación sería imposible y poco eficaz en la persecución de esos motivos. Cuando lo ha hecho, particularizando, en el caso de los motivos antisemitas, no parece que haya tenido otra razón que la inercia en la traslación o traducción literal de un precepto similar en el Código Penal Alemán, donde, indudablemente, tenía mayor sentido la mención específica. Pero, fuera de ese ejemplo, anecdótico y desafortunado, el legislador no se refiere a la agravación por razón de la raza blanca del agresor y negra del agredido, sino a la agravación por motivos de raza, porque, entre otras cosas, de proceder de tan absurda manera, quedarían fuera de la agravación agresiones racistas entre minorías, cada vez más frecuentes en la realidad criminológica o el supuesto de un asesino perteneciente a una minoría étnica o religiosa que escogiese a sus víctimas, de raza blanca o, por ejemplo, cristianas, movido por un odio racial o religioso. En relación con la discriminación sexual, puede objetarse que la identificación del grupo opresor es evidente, pero incluso en este tipo de discriminación, no parece que se justifique limitar la agravación a la discriminación a la mujer, cuando el legislador la equipara a la motivada por la orientación sexual, ni, mucho menos, presumir este motivo en el

hombre que realiza determinadas conductas.

Con carácter general, 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. En principio, esta preocupación se manifiesta en la progresiva eliminación de referencias limitativas al sexo de los sujetos activo o pasivo en distintos pasajes del Código Penal. De este modo, salvo la que, por razones biológicas, por el momento, ineludibles, se imponen en relación con el aborto, no existe mención alguna al sexo femenino o masculino de los sujetos en Parte General o Especial. Incluso, en los delitos sexuales, todas las reformas, en especial a partir de 1989, han procurado la apertura de los tipos a modalidades de comisión en las que el sexo de los sujetos no era relevante. En Parte General, desde la reforma de 1983 no existe ya la agravante de "desprecio de sexo".

A partir de un momento determinado, en coincidencia parcial con las reformas referidas, la preocupación del legislador por la igualdad ha avanzado hasta motivar la inclusión de medidas antidiscriminatorias en el Código Penal. Esta tendencia se inicia en la década de los años 70, con la introducción del delito de genocidio (Ley 44/1971, del 5 de noviembre) y de modalidades "discriminatorias" de la asociación ilícita (Ley 23/1976) y se intensifica con la reforma de 1983, con la tipificación de delitos de discriminación en la prestación de servicios públicos y, sobre todo, con la LO 4/1995 y con la aprobación del vigente Código Penal.

En la actualidad, el Código Penal, en su Parte Especial, incorpora, en protección del derecho a la igualdad, además del Capítulo dedicado al genocidio, tipos de discriminación en el empleo (art. 314), provocación a la discriminación (art. 510), de discriminación en el disfrute de servicios públicos y otras prestaciones (arts. 511 y 512), de asociación ilícita por promoción de la discriminación (art. 515.5º), agravaciones en relación con el delito de descubrimiento y revelación de secretos (art. 197.5) y de amenazas (art.170) e, indirectamente, el delito de manipulación genética

con fines de selección de raza del art. 160.3. En Parte General, desde la reforma del CPTR 1973 por LO 4/1995, se incluye la agravante de discriminación, hoy recogida en el art. 22.4º y aplicable a todo tipo de delitos desde la aprobación del nuevo Código Penal.

En todas estas normas, cuyo bien jurídico protegido, único o adicional, es el derecho a la igualdad, en su vertiente de prohibición de discriminación, la característica común es la neutralidad en la descripción del sujeto activo. En todas las referidas normas se incorpora un elenco múltiple, pero cerrado, de motivos de discriminación penada o agravada: fundamentalmente, aunque la redacción concreta es variada, la raza, etnia o nación, la religión o creencias, el sexo u orientación sexual, la ideología, enfermedad o minusvalía y, salvo en las agravantes específicas y genéricas, la situación familiar. En todas ellas, por último, es pacífica su interpretación como delitos o agravaciones de tendencia, en los que un elemento subjetivo del injusto debe identificarse y probarse para afirmar la antijuricidad básica o agravada.

Respecto de todas estas medidas, la doctrina, sin dejar de reconocer le valoración positiva de la finalidad perseguida con ellas, en cuanto dirigidas a evitar o mitigar los efectos de la intolerancia, ya había expresado sus reservas en relación con el modelo de intervención elegido, invocando, como se ha hecho en otros párrafos de esta resolución, la insuficiencia de la finalidad preventiva general para legitimar la intervención del Derecho Penal, para lo cual es preciso superar el contraste con otros principios que limitan el ejercicio del ius puniendi. Uno de los principios cuya posible afectación por estas medidas se destacaba era, precisamente, el principio de responsabilidad por el hecho, como opuesto al Derecho Penal de Autor y, en concreto, se afirmaba que una agravación como la contenida en el art. 22.4, basada exclusivamente en el móvil del autor, resulta sospechosa, desde un principio, de rebasar ese límite.

En este sentido, el Tribunal Constitucional (STC 150/1991) ha declarado que, *"en efecto, la CE consagra sin duda el principio de culpabilidad como*

principio estructural básico del Derecho Penal" y que, en las manifestaciones del ius puniendi del Estado, *"resulta inadmisibile en nuestro ordenamiento un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa"* (STC 76/1990), calificando como correcto el principio de la responsabilidad personal por hechos propios, el principio de la personalidad de la pena o sanción" (STC 219/1988).

Si ello era así cuando los motivos de discriminación no eran de índole sexual, la redacción de las medidas implicaba la consideración y, consecuentemente, prueba, del elemento intencional y, sobre todo, no existía limitación especial por razón de la pertenencia de los sujetos a un sexo determinado, puede comprenderse, en la lectura del texto cuestionado, que las referidas reservas devienen objeciones prácticamente insuperables.

A partir de la entrada en vigor de la LO 1/2004, el Código Penal incorpora, como nuevas medidas que pudieran incluirse entre las antidiscriminatorias, acompañadas todas ellas de la cuestionada referencia específica al sexo de los sujetos, las siguientes:

- En sede de lesiones
 - Las agravadas, en relación con el tipo básico, del art. 148.4°.
 - Las agravadas, en relación con el tipo básico de maltrato familiar, del art. 153.1 cuestionado, en su primer inciso.

- En sede de amenazas, la consideración como delito y no como falta, de las de carácter leve, en el art. 171.4.

- En sede de coacciones, la consideración como delito y no como falta, de las de carácter leve, en el art. 172.2.

En ninguno de estos casos, se utiliza la expresión "violencia de género" y en todos, por tanto, se reproduce la dificultad interpretativa de afirmar el móvil discriminatorio que se desprendería de la definición legal de dicha expresión.

La agravación discriminatoria, sólo por razón de sexo, se circunscribe, además, a la apreciada en una relación conyugal o de afectividad análoga, excluyendo la que, por igual motivo y, se ignora por qué razón, con menor reproche, se inscriba en relaciones familiares, laborales o de otro tipo. La limitación de la conducta típica "discriminatoria", en principio, a la violencia que se produce en el ámbito conyugal o asimilado, es, de por sí, en relación con la diferencia de trato en materia penal que se cuestiona, sospechosa de arbitrariedad. No sería posible, como se ha intentado aclarar, justificar la agravación con meros datos estadísticos. Habría que indagar los motivos últimos de esta agravación selectiva: la expresión de la dominación del hombre sobre la mujer, expresada en forma violenta, puede darse en otro tipo de relaciones afectivas entre hombre y mujer, incluso con mayor virulencia. Piénsese en el caso de un padre que abofetea a su hija, para reprenderla por su decisión de matricularse en la Universidad y abandonar las tareas domésticas a las que su progenitor la considera "predestinada" por razón de su condición femenina, en el que, al móvil discriminatorio se uniría un germen de abuso de superioridad por razón de la relación paternofilial, ausente en la relación de pareja. La reconducción del caso a la agravación del inciso segundo del art. 153.1, exigiría convivencia y demostración en el caso de la especial vulnerabilidad de la víctima. O, en el marco de relaciones no afectivas, pero de naturaleza sexual, seguirían el mismo régimen, con la dificultad de excluirse de facto la nota imprescindible de convivencia, las agresiones humillantes de un cliente a una prostituta. Todo ello sin salir del ámbito de la violencia con trascendencia penal. La motivación de género existe en muy distintas clases de relaciones entre hombre y mujer y, desde luego, no sólo en las relaciones violentas en el seno de la pareja.

Pero, además, con estas limitaciones en cuanto al motivo y al ámbito de la discriminación, la agravación actúa en una selección de tipos que no puede calificarse sino de sorprendente. Incluso, dentro del concepto de violencia de género delimitado por el art. 1.3 LO 1/2004, se ha excluido todo el ámbito de los delitos contra la libertad sexual, de privación arbitraria de libertad o, lo que es más llamativo, todos los delitos contra la

vida independiente y los más graves contra la integridad física, psíquica y moral, reduciendo la agravación a las lesiones de menor gravedad, a las amenazas y a las coacciones leves.

La anterior reflexión no pretende introducir una crítica gratuita al legislador ajena al planteamiento de la cuestión, sino poner de manifiesto como, en este contexto, la reforma, en cuanto introduce un trato desigual, puede ver cuestionada su objetividad y razonabilidad. No parece que pueda calificarse de objetiva y razonable la diferencia, cuyo carácter absolutamente excepcional en el ordenamiento y, en especial, en el sector penal del mismo, se ha intentado resaltar, tanto en Derecho interno como comparado, que se limita a una selección arbitraria de infracciones, alterando la coherencia interna del sistema que pretende preservar la proporcionalidad entre la gravedad de las conductas y su sanción. Si se pretendía introducir una medida antidiscriminatoria y, además, al alto riesgo de inconstitucionalidad que la diferencia en el sexo de los sujetos implica, como, por cierto, si se quería buscar cualquier otro fundamento racional a la diferencia de trato por razón de sexo, la mínima exigencia elemental para justificar la diferencia como razonable, de acuerdo con el canon de proporcionalidad que se examina, es la de respetar la lógica interna del sistema de tipificación y sanción.

En este sentido, dificulta extraordinariamente la comprensión de la finalidad perseguida en relación con los medios escogidos y los resultados esperados, hasta el punto de comprometer la razonabilidad de toda la reforma penal en la que se inscribe el artículo cuestionado, comprobar cómo el maltrato ocasional se agrava, en relación con el cometido por el hombre contra su pareja femenina y no el maltrato habitual del art. 173.2. O cómo se observa lo mismo al comparar las lesiones agravadas sobre el tipo básico con las sancionadas en los arts. 149 y 150, las amenazas y coacciones leves de los arts. 171.4 y 172.2 con las graves, o, ya fuera del ámbito reformado, todas las agravaciones con la "inmunidad" de los delitos de homicidio, asesinato, violación y agresiones sexuales, etc. Todos ellos quedarían sometidos al régimen, más beneficioso, de las agravantes genéricas de parentesco o discriminación, esta última de escasísima

aplicación práctica y, en cuanto a la primera, concebida como mixta, sometida a determinadas interpretaciones jurisprudenciales que impedirían su aplicación en casos de cesación de la convivencia. En todo caso, su régimen sería idéntico al de otras relaciones "familiares" no conyugales y ajeno, por tanto, a la tutela penal reforzada que, con carácter se entiende que arbitrariamente selectivo, se pretende conferir a la violencia conyugal o análoga.

No sería la mejor opción, desde luego, optar por extender la diferenciación por sexo de los sujetos a la totalidad de las infracciones que pudieran incluirse en el concepto de violencia de género. Desde la duda de constitucionalidad que motiva el planteamiento de esta cuestión, ello no supondría sino agravar la situación y abrir más esa peligrosa "caja de Pandora", cuyo siguiente "espíritu maligno" pudiera ser, de continuar en esa línea de selección de autores, la discriminación por el origen nacional, por ejemplo, al comprobar la proporción, superior a la que indicaría su relación con la población total, de ecuatorianos condenados por delitos de malos tratos, invocando una más profunda implantación en esos colectivos de convicciones discriminatorias para la mujer. Pero, en la valoración de la adecuación de fines a medios, semejantes incoherencias o peligros de expansión, constituyen, como se ha dicho, otros tantos argumentos contrarios a la justificación de la diferencia. No se puede esgrimir el argumento de la prevención general ante la ciudadanía, los colectivos de mujeres y, en especial ante las víctimas de la violencia de género, anunciando medidas contundentes, como lo hace el legislador al motivar la reforma penal y reservar esas medidas contundentes para algunas conductas violentas que no son, precisamente, las más graves. Ni, por cierto, las más difundidas como supuestos de violencia de género, asociadas con frecuencia, a los casos de muerte de mujeres a manos de su pareja, como se ha visto casi siempre desconectados de denuncias previas por infracciones menores, y que son, precisamente, tras la desaparición del parricidio, ajenos a esas tendencias de represión criminal intensificada o a los casos de maltrato habitual, también inmune a la reforma.

Esta última reflexión se presenta como especialmente significativa, en cuanto demuestra la falta de objetividad y razonabilidad de la reforma cuestionada. La presencia de un componente discriminatorio o de género, si se pretendiese su presunción en algún tipo de conductas violentas, éstas deberían ser, ante todo, las habituales, en las que se revela con claridad lo que se ha denominado "perfil del maltratados" o el "síndrome de mujer maltratada". Al margen del riesgo que, para el principio de culpabilidad y de responsabilidad por el hecho

pueda comportar la trasposición de conceptos criminológicos al ámbito jurídico penal de las previsión de tipos y sanciones, lo cierto es que pretender que el desvalor específico adicional o el móvil discriminatorio, con diferencia de sexo, es razonable como justificación de la diferencia en sede de maltrato ocasional, sin ir acompañado de una previsión paralela en sede, mucho más evidente, de maltrato habitual, cuestiona severamente la razonabilidad misma del texto.

Como elemento de contraste, puede citarse el ejemplo del único precedente conocido de diferenciación (más exactamente, mención expresa) del sexo en la definición de tipos de violencia doméstica o conyugal. En Suecia, desde 1998, el Código Penal contiene, en el Capítulo IV, Parte II, relativo a las infracciones contra la libertad, un artículo que sanciona, expresamente, la violencia conyugal, creando un nuevo delito, denominado "violación grave de la integridad", que se define como la repetición de ciertas conductas susceptibles de mermar la confianza de la víctima, teniendo o habiendo tenido el agresor vínculos estrechos con la misma. Las conductas que abarca, cuya repetición puede constituir la violación de la integridad, comprenden, entre otras, atentados contra la vida y la salud, contra la libertad sexual, el allanamiento de morada, etc. Este nuevo delito es sancionado con una pena de seis meses a diez años de prisión. Cuando es cometido por el cónyuge, el compañero, ex cónyuge o ex compañero, el delito se denomina "violación de la integridad de la mujer" y es penado de la misma manera. Es decir, la "diferencia", puramente nominal, en cuanto al sexo, se limita, en todo caso, a conductas de violencia habitual y se refiere a un elenco mucho más amplio de conductas, no precisamente las más leves, y se introduce un bien jurídico especial, la integridad (moral) de la mujer, en los casos de violencia conyugal habitual, castigado con la misma pena que la prevista en el caso de otros vínculos estrechos. Todo un catálogo de diferencias que no permite invocar el precedente sueco como argumento de autoridad a favor de una valoración positiva de la razonabilidad de la diferencia de trato introducida por el precepto cuestionado.

Las anteriores objeciones se referirían a cualquier hipótesis justificativa de la agravación, incluida, desde luego, la que se propone en este apartado. Pero, en relación con la posible concepción del art. 153.1 y de sus preceptos paralelos, como medidas antidiscriminatorias, se plantearían las siguientes dificultades específicas, todas ellas se entiende que relevantes en el juicio de constitucionalidad:

- La afirmación del móvil discriminatorio reclama la discutible conexión de los supuestos típicos con el concepto de violencia de género, con riesgo para los principios de legalidad y de seguridad jurídica.
- La exigencia de un móvil discriminatorio cuestiona, en relación con todas las medidas antidiscriminación así concebidas, el principio de culpabilidad, conforme a la doctrina expuesta en relación con estas medidas, en la situación anterior a la reforma.
- La presunción del móvil discriminatorio vulneraría, además del principio de culpabilidad y de responsabilidad por el hecho, el derecho a la presunción de inocencia.
- La presunción de ese móvil discriminatorio sólo en el sujeto activo hombre y en esa relación con el sujeto pasivo mujer, genera una vulneración añadida del principio de culpabilidad, de la presunción de inocencia y del derecho a la igualdad.
- La conexión de estas normas con la definición de violencia de género del art. 1.1 LO 1/2004 permitiría eludir la presunción del móvil discriminatorio y, por tanto la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, pero subsistirían las objeciones relativas al derecho a la igualdad y de responsabilidad por el hecho derivadas de la concepción como delito de tendencia de propia mano.

A estos efectos, debe recordarse que, desde la STC 113/82, de 1 de abril, se considera que, una vez consagrada constitucionalmente la presunción de inocencia, "ha dejado de ser un principio general del Derecho que ha de informar la actividad judicial (in dubio pro reo), para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos", incluido el legislador, al formular los tipos penales. Así, la STC 105/1988, precisamente, prohibió una interpretación del art. 509 CPTR 1973, según la cual, en lo que era también un delito de tendencia, se presumiese de la sola tenencia de instrumentos idóneos para ejecutar un delito de robo, el especial destino para tal ejecución, salvo prueba de descargo en contrario, que es lo que, literalmente, el precepto establecía.

Se habría de partir, para realizar la conexión entre los arts. 153.1 y 1. 1 LO 1/2004, en todo caso, de una interpretación no literal y arriesgada, que no despejaría todas las dudas de inconstitucionalidad. Al intentar profundizar en el análisis de la reforma desde esta perspectiva, su absoluta excepcionalidad impide trasladar las consideraciones doctrinales elaboradas en relación con medidas discriminatorias preexistentes. Así, en relación con estas medidas y, en especial, respecto a la agravante genérica de discriminación, se apuntaban dos posibles interpretaciones:

- La subjetiva, que incidía en la motivación del sujeto activo, según la cual, el fundamento de la agravación residiría en la reprobación del fin último que lleva al sujeto activo a actuar (CÓRDOBA RODA, HUERTA TOCILDO). Para esta posición, serían indiferentes los resultados efectivamente discriminatorios de su actuar, porque lo que interesa es que ha actuado movido por la voluntad de menospreciar a una persona en razón de ciertas peculiaridades de su personalidad: en el caso del art. cuestionado, la condición de esposa o compañera, actual o pretérita. La justificación de la agravante se situaría en el ámbito de la culpabilidad. Desde este punto de vista, podría considerarse, incluso, que esa motivación, reflejada en el hecho cometido, supone un peligro para los bienes implicados, un peligro determinado por la posibilidad de expansión de actitudes semejantes en el seno de la sociedad (LAURENZO COPELLO), pero, en todo caso, sería preciso que la motivación discriminatoria se manifestase exteriormente en el hecho para concederle esa aptitud peligrosa.

Desde esta interpretación, se exigiría, aceptado que ése fuera el fundamento de la agravación, la prueba, en el caso concreto, del móvil discriminatorio. Presumirlo implícito en la conducta violenta en el seno de la relación de la pareja, en el maltrato ocasional sólo del hombre contra la mujer, se entiende que vulneraría el derecho a la presunción de inocencia y el derecho a la igualdad.

Incluso suponiendo que cada acto de maltrato significa un riesgo de expansión de conductas análogas en la sociedad, no se podría prescindir de

la motivación y su prueba, de la constatación del acto discriminatorio o "tonalidad" discriminatoria del maltrato en el caso. Por otra parte, esta concepción significaría tal adelanto de la barrera punitiva que no se justificaría, desde luego, la lesión de los derechos fundamentales comprometidos.

- En una concepción minoritaria, se intentó explicar la agravante desde el plano de la antijuridicidad y no de la culpabilidad, a partir de un desvalor adicional del resultado, dando prioridad, no al móvil discriminatorio en sí mismo, sino al efecto que el delito realizado con esa motivación produce en el sujeto pasivo (LAURENZO COPELLO). Se trataría de una interpretación similar a la que la Jurisprudencia desarrolló en torno a la agravante de desprecio de sexo, en cuanto el énfasis se desplazaba a la identificación de un bien jurídico adicional, consistente en el status sociológico de la víctima que la hacía acreedora de un especial respeto. Pero, en este punto, la doctrina ya expresó dudas de constitucionalidad, en cuanto la agravante se basaba en diferencias valorativas de los ciudadanos, en razón de su edad o, precisamente, de su sexo, a estos efectos, privilegiados. Y si tal objeción no podría trasladarse a la circunstancia agravante del art. 22. 4 era, justamente, porque no se trataba de otorgar un valor especial a ciertas personas en función de la raza, religión o, como sucedería en relación con el art. 153.1, sexo, sino de "castigar comportamientos que las minusvaloran en razón de ciertas características personales que, conforme a los dictados constitucionales, no deberían hacerlas distintas de las demás" (LAURENZO COPELLO).

Sería posible sostener que la redacción de estas medidas ha pretendido huir de la característica subjetiva de que estaban imbuidos los precedentes de tipos o circunstancias agravantes, específicas o genéricas que se han mencionado. Pero esta opción ligada a la identificación del sexo del sujeto activo, que significa, como se ha expuesto reiteradamente, fundamentar la agravación en el desvalor adicional del resultado del maltrato por razón de la pertenencia de la víctima a un colectivo "oprimido", con independencia de los móviles del autor y de esa prueba de

la relación de la conducta con la pertenencia de la víctima a un sexo determinado, en la medida en que éste se identifica necesariamente con un hombre, no alcanza a resolver las dudas de constitucionalidad, básicamente en relación con el derecho a la igualdad, que, en una peculiar paradoja, sería también el bien jurídico adicional que se pretendería proteger.

Incluso desde estas interpretaciones haría falta algo distinto y adicional, además del dato del sexo, del acto violento y la relación entre los sujetos. La definición contenida en la Declaración sobre la Eliminación de todas las formas de Violencia contra la Mujer, aprobada por la Asamblea General de NU, con fecha 2012-93, refiere este concepto a *"todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la privada"*. El legislador español ha trasladado con notable literalidad y olvido, por cierto, de denominaciones tradicionales en nuestro Derecho, esa definición en el art. 1.1 de la LO, pero, en el precepto cuestionado, se omite esa exigencia de que el acto esté "basado en" la condición femenina de la víctima.

El caso límite para contrastar las anteriores reflexiones, mucho más frecuente en la experiencia forense que lo que la información difundida por los medios de comunicación podría sugerir, es el de los malos tratos recíprocos. En ellos, ante una agresión mutua en la pareja, la ley castiga más al hombre que a la mujer, según esta hipótesis, porque en la agresión del hombre a la mujer o existiría un móvil discriminatorio presunto o, en el mejor de los casos, precisado de prueba, sólo posible en esa agresión o se valoraría, como implícito, un desvalor adicional discriminatorio, ausente por decisión del legislador en la agresión contraria. Y ello aunque, ante conductas cuyas motivaciones y características serían idénticas a las que concurrirían, por ejemplo, en una discusión violenta entre amigos o en una pareja homosexual, el legislador ha llegado a la desigualdad en la descripción típica desde la afirmación implícita de que el hombre que empuja o tira de las orejas, o dice que va a golpear a su esposa o compañera, es un discriminador nato o que la discriminación es el efecto necesario de esa conducta. O se le castiga más por lo que es

que por lo que hace o se presume en lo que hace algo que no se corresponde necesariamente con la totalidad de los casos, afirmaciones demasiado problemáticas para justificar razonable y objetivamente la desigualdad. Acaso fuera suficiente para justificar la proporcionalidad de la sanción agravada de la violencia conyugal sin distinción de sexos, que, por ello, no se cuestiona, pero no cuando tal opción legislativa se acompaña de la desigualdad de trato y del riesgo de recuperación del Derecho Penal de Autor. Sólo una interpretación que permitiese eludir, ante una conducta de maltrato ocasional de la esposa o compañera, esa agravación para el hombre podrían salvarse las dudas de constitucionalidad y para ello no sería suficiente, ni la exigencia de un móvil discriminatorio probado, ni la atención al desvalor implícito y presunto en todo caso. Se considera que sólo la eliminación de la específica mención del sexo respectivo de los sujetos permitiría superar eficazmente las reservas de constitucionalidad.

b) La agravación y el abuso de superioridad.

Bajo este epígrafe, se contemplan las dos restantes hipótesis de fundamento de la agravación que se han mencionado. Aunque se contemplen conjuntamente, como dos caras de la misma moneda, podrían reconocerse diferencias en función de la interpretación que de una y otra proposición se hiciese. En principio, la situación de especial vulnerabilidad de la víctima puede entenderse que genera, paralelamente, una situación de superioridad en el agresor. Pero, en las agravantes así definidas (por ejemplo, en sede de delitos sexuales, en el art. 180.3º CP), no se exige necesariamente la nota de abuso de esa situación de vulnerabilidad, bastando con que el sujeto conozca esa situación. En cambio, la nota subjetiva entra en la definición del abuso de superioridad, exigiendo la Jurisprudencia:

- La concurrencia de una situación objetiva de poder físico o anímico del agresor sobre su víctima que determine un desequilibrio de fuerzas a favor del primero.
- El abuso o consciente aprovechamiento de ese desequilibrio por parte del

agresor para la mejor y más impune realización del delito.

Falta 52 dictar

pasivo, respectivamente.

Si no puede presumirse en el hombre una superior capacidad de ataque o de debilitación de la defensa por el solo hecho de serlo, tampoco puede presuponerse una capacidad limitada o disminuida de defensa en la mujer por el hecho de serlo. Ni siquiera por la común implicación de uno y otro en una relación, actual o pasada, de pareja, como nota añadida al sexo. Asumir lo contrario significaría, nuevamente, el reconocimiento jurídico, como presupuesto fáctico de agravación, de un estereotipo según el cual, tales son las posiciones respectivas de hombre y mujer en sus relaciones conyugales o de análoga afectividad, según un planteamiento, en fin, que en lo que respecta a la mujer, como en la hipótesis paralela de asimilación a persona especialmente vulnerable, lesionaría gravemente el derecho a la dignidad que como persona le asiste y que constituye uno de los fundamentos del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE).

En efecto, también en esta línea atentatoria no sólo contra el derecho a la igualdad y el principio de culpabilidad, sino, también del derecho a la dignidad de la persona, se situaría la interpretación de la norma como fundada en una presunción de especial vulnerabilidad de la mujer frente al maltrato de su pareja. Se trata, no obstante, de una interpretación propiciada por la yuxtaposición, en el artículo cuestionado y en los restantes tipos agravados paralelos de lesiones, amenazas y coacciones, de la mencionada agravación por razón de sexo y relación conyugal o análoga, de una parte, y la fundada en la condición de especial vulnerabilidad de la víctima, conviviente, pero sin precisión de sexo o relación conyugal o análoga con el autor, de otra. Aunque la presunción no haya sido asumida expresamente por el legislador, y su intención deba buscarse, más bien, en el deseo de "salvar" la posible desproporción de la sanción de la violencia conyugal con discriminación de sexo, respecto de otras violencias domésticas, en los que la víctima no se presume acreedora de una respuesta agravada para el autor, pese a existir, en muchos casos (ancianos, menores o incapaces), más fundadas y objetivas razones para presumir su vulnerabilidad, lo cierto es que la sola previsión paralela y yuxtapuesta de los dos casos agravados constituye una invitación al sentimiento de desdoro para la dignidad de la mujer. Precisamente, el derecho a la dignidad de la persona se ha destacado en

las SSTC 214/1991 y 176/1995, al poner de manifiesto cómo los tratos desiguales hacia determinadas personas porque en ellas concurre alguna particularidad diferencial (por ejemplo, el sexo femenino de la víctima), supone una negación de su condición de seres humanos iguales a los demás, efecto éste que afecta a su dignidad personal. Aunque no era así en los casos analizados por el TC, incluso cuando el legislador, con las mejores intenciones, introduce implicaciones paternalistas o tuitivas en la norma, podría vulnerar el derecho a la dignidad de todas las mujeres, como grupo, en especial cuando existen motivos para sugerir su equiparación a "personas especialmente vulnerables".

La posibilidad de enlazar esta especial vulnerabilidad de la mujer con la identificación de un colectivo de riesgo, en las mujeres respecto de sus parejas masculinas, no podría utilizarse como justificación de la diferencia de trato en la norma cuestionada. Una cosa es identificar, a través de estadísticas, estudios o informes, esa realidad sociológica, otra decidir, de manera legítima y responsable, adoptar medidas legislativas consecuentes con esa identificación y otra, muy distinta, presumir que toda mujer víctima de un maltrato ocasional por parte de su pareja o ex pareja masculina, como perteneciente a ese colectivo identificado como de riesgo, es especialmente vulnerable. Ello significaría aceptar *"una noción diferencial"* de la mujer a la que se supone sujeta a unos riesgos que nunca amenazan al varón y, por ello mismo, ha de calificarse la norma como *"protectora a favor de la mujer"* (STC 28/1992). Se ha intentado demostrar que no es cierto que el riesgo prevenido nunca alcance al hombre. Del mismo modo que la peligrosidad del ámbito nocturno urbano no justificaba una medida retributiva especial para las trabajadoras en el caso de la STC 28/1992, tampoco el riesgo de sufrir malos tratos en la pareja es exclusivo de la mujer y no ampara, por tanto, una diferencia, como la cuestionada, de indudable superior entidad a la de un plus de transporte por entrada o salida de turnos nocturnos.

En ambos casos, las hipótesis interpretativas identificarían la norma como protectora de la mujer. Al respecto, conviene no olvidar que, en el examen de posibles fundamentos de la desigualdad, *"la protección de la mujer por sí sola no es razón suficiente para justificar la diferenciación, ni*

es suficiente, tampoco, que el sujeto beneficiario de la protección sea la mujer en cuanto tal mujer, pues ello, en tales términos, es evidentemente contrario al art. 14" (STC 81/1982) y que el Tribunal Constitucional rechaza las medidas en que predomina una "visión paternalista" de la mujer, en las que el privilegio instituido a favor de la misma se revela como una forma encubierta de discriminación que se vuelve contra ella". postulados normativos como el que se cuestiona, aunque pretendan lo contrario, no hacen sino incidir en la imagen de debilidad y postración de la mujer, como persona vulnerable o inferior, necesitada de una especial protección, ya provenga ésta como sucedía en la convicción social de tiempos pasados, del padre o el **marido** ya, como parece suceder ahora, del Estado.

En el fondo, el problema no es otro que la catástrofe sistemática, por recordar una expresión de prestigiosa estirpe en nuestra doctrina penalista, que para principios esenciales del Derecho Penal, protegidos constitucionalmente, implica la pretensión de trasladar apreciaciones sociológicas y pretensiones ejemplarizantes, a la descripción de los tipos, generalizando y excluyendo toda consideración alternativa (el hombre, en esa relación, no merece la agravación; la mujer, en esa relación, puede merecerla), o, al menos, sometiendo esa consideración alternativa a exigencias de prueba o consecuencias jurídicas diversas, menos onerosas. Nuevamente, resucitando el Derecho Penal de Autor que se creía sepultado en los anales de la doctrina penalista nacionalsocialista, con concepciones subyacentes como las que, en lenguaje elemental, se han expuesto: Si la mayoría de los maltratadores son hombres; si la mayoría de sus víctimas son o han sido sus esposas o compañeras sentimentales, si es evidente que la posición del hombre en la sociedad sigue siendo dominante; si se comprueba que los hombres suelen ser superiores en fuerza física a las mujeres, se ha de castigar, en todo caso, al Sr. ??? por el, desde luego reprobable penalmente, tirón de orejas propinado, en una discusión por las llaves del vehículo, que, finalmente conservó ella, a su esposa, la Sra. ???, con mayor gravedad y automatismo que en el caso en que los papeles se invirtieran. Desde el punto de vista constitucional, la legitimidad de semejantes silogismos suscita las dudas que se han expuesto, cuya

solución determina el fallo suspendido.

Recapitulando lo hasta ahora expuesto, se concluye que, en relación con el art. 153.1 CP, en su nueva redacción otorgada por LO 1/2004:

- Existe una diferencia de trato en función del sexo del sujeto activo y pasivo.

- La justificación de esa diferencia corresponde al legislador.

- Las hipótesis justificativas que se han ensayado para intentar acomodar la norma a los preceptos constitucionales no satisfacen las exigencias de los arts. 14, 24.2 y 10. 1 CE. En particular, no se considera que pueda reconocerse un *"criterio objetivo suficientemente razonable, de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados"*, por cuanto:

- La prevención general no justifica, por sí sola, una diferencia de trato en sede penal, por razón de sexo, absolutamente insólita en Derecho Comparado y en el Derecho Penal Español de las últimas décadas.

- La norma no tiene naturaleza "promotora" de la situación de la mujer y no puede ampararse en la noción de "acción positiva" como justificación de la desigualdad.

- La norma no se justificaría como norma "protectora" de la mujer como tal o como víctima de la violencia.

- Entendida como medida antidiscriminatoria, el bien jurídico adicionalmente protegido sería la igualdad por razón de sexo. Tal finalidad sería en sí misma, desde luego, legítima, pero, la forma en que se ha articulado, discriminando el sexo de los sujetos, seleccionando arbitrariamente los tipos a que se aplica, en una arriesgada opción de adelantamiento de las barreras punitivas, presumiendo el móvil discriminatorio o el desvalor de un resultado o exigiendo, en la interpretación más progresiva que admite, su prueba para el hombre, sin admitir el caso contrario con iguales efectos y condiciones, no justifica la desigualdad constatada.

- En definitiva, la introducción de la desigualdad, por la naturaleza penal de la norma y no por la incidencia punitiva concreta, se considera que significa un *"coste fáctico"* inasumible para los valores constitucionales (STC 196/1999). No se trata de un *"coste inevitable en lo que a la determinación de la conducta típica"*, que pueda verse paliado *"en la medida en que la mencionada apertura del tipo se vea acompañada de la consiguiente ampliación, por así decir, del marco punitivo"*. Se trata de un coste evitable, suprimiendo la mención del sexo y, por tanto, no es relevante que, en la concreta determinación de la pena, exista mayor o menor flexibilidad.
- Para perseguir con severidad el maltrato conyugal, fenómeno cuya gravedad en ningún momento se niega, bastaba con agravar las penas sin distinguir sexos. Como resultado, un mayor número de hombres resultaría castigado, en cuanto éstos son autores de estas conductas con mayor frecuencia estadística, todo ello sin comprometer el derecho a la igualdad; todo ello sin necesidad de comprometer el principio de culpabilidad o de responsabilidad por el hecho; todo ello sin riesgo para el derecho a la presunción de inocencia y todo ello sin peligro de afectar la dignidad de la mujer. Ofrecer una respuesta escasa, pero realmente más grave, en apariencia inofensiva o simbólica, ubicada en un sector del ordenamiento en el que no pueden confundirse garantías y principios esenciales, con meros símbolos decorativos, arriesgar la coherencia interna del sistema y sus propios fundamentos, con el fin de enviar a la ciudadanía, a los colectivos de mujeres o de mujeres maltratadas, un mensaje de engañosa contundencia, no parece una justificación razonable y objetiva para la desigualdad generada, sino, más bien, *"un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho"* (STC 55/1996).

Promover la igualdad a través de la desigualdad es siempre una

opción peligrosa, de potenciales efectos perversos y de aplicación limitada, temporal y discutible en sus efectos. Pretender proteger la igualdad a través de una norma penal que discrimina las consecuencias jurídico penales en función del sexo de los sujetos, constituye una opción cuyos riesgos de inconstitucionalidad se someten a la consideración última del Tribunal Constitucional. Y, así, valorando las justificaciones que el legislador ofrezca y su proporcionalidad con medidas, fines perseguidos y resultados obtenidos, decida la validez de su integración en el ordenamiento, su posible interpretación conforme a las normas constitucionales en aparente o real conflicto o su eliminación del ordenamiento por oponerse de manera irreconciliable con los postulados de su Norma Suprema, pues, si los fundamentos ofrecidos por los defensores de la legitimidad constitucional de la diferencia jurídica se presentaren todos como insuficientes para proporcionar la adecuada cobertura a la diversidad de trato jurídico, habrá de *"llegar a la conclusión de que ésta carece de fundamento y debe, por consiguiente, desaparecer"* (STC 81 /1982).

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación al caso,

DISPONGO.- Elevar al Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad, en relación con el art. 153.1 del Código Penal.

Queda en suspenso el plazo para dictar sentencia en el presente Procedimiento Abreviado.

Notifíquese la presente resolución a las partes indicando que no es susceptible de recurso alguno.

Remítase testimonio íntegro de lo actuado, acompañando esta resolución y las alegaciones previas presentadas por el Ministerio Fiscal y las partes, en su caso.

Así lo dispone, manda y firma ??? magistrada-Juez del Juzgado de lo Penal Número ??? de los de Murcia; doy fe.