

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

**EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

**S E N T E N C I A**

En la cuestión de inconstitucionalidad num. 5939–2005, planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia, en relación con el artículo 153.1 del Código Penal. Han intervenido y formulado alegaciones el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Pascual Sala Sánchez, quien expresa el parecer del Tribunal.

**I. Antecedentes**

1. El 8 de agosto de 2005 fue registrado en este Tribunal un escrito fechado el 29 de julio de 2005, remitido por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia, al que se acompaña el Auto del mismo órgano jurisdiccional, de 29 de julio de 2005, por el que se plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 153.1 del Código Penal.

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

a) Con fecha 5 de julio de 2005, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Murcia dictó Auto acordando la incoación de diligencias urgentes en el juicio rápido núm. 13/2005 por un presunto delito de maltrato familiar, al apreciar que los hechos referidos en el atestado policial reunían, en principio, las circunstancias mencionadas en el art. 795 LECrim. Ese mismo día, el citado órgano judicial dictó otros dos Autos. En el primero de ellos se acordó la puesta en libertad del imputado, por entonces detenido, mientras que en el segundo se dictó orden de protección de la víctima, prohibiéndose al imputado "acercarse a más de 200 metros (...), hasta la resolución del procedimiento con firmeza, o hasta que sea cesada expresamente". El Ministerio Fiscal formuló escrito de acusación contra el imputado por unos hechos que fueron calificados como "dos delitos de maltrato del art. 153.1, párrafo segundo del Código Penal, con aplicación de la agravante del

último párrafo a uno de los referidos delitos” (sic). A dicha calificación se adhirió la acusación particular ejercida por la esposa.

b) Remitidas las actuaciones al Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia, éste dictó Auto de 11 de julio de 2005, por el que señalaba el siguiente día 13 del mismo mes y año para la realización de la vista oral. En sus conclusiones definitivas las acusaciones reiteran su calificación de los hechos y solicitan la imposición de una pena de doce meses de prisión, 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, y de diez meses de prisión, 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. La defensa solicitó la libre absolución del acusado.

A la conclusión del acto de juicio oral, la titular del órgano jurisdiccional ya avanzó el contenido de la providencia de 22 de julio de 2005, por la que se concedió a las partes personadas y al Ministerio Fiscal un plazo común e improrrogable de diez días para que, conforme a lo previsto en el art. 35.2 LOTC, alegaran lo que estimasen pertinente acerca del posible planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 153.1 CP por vulneración de la dignidad de la persona (art. 10 CE), y de los derechos a la igualdad (art. 14 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

c) Al amparo de lo declarado por la titular del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia en la vista oral, la representación procesal del acusado presentó escrito de alegaciones el 18 de julio de 2005, interesando que se elevara cuestión de inconstitucionalidad. Ni la acusación particular ni el Ministerio Fiscal realizaron alegaciones en el plazo concedido al efecto.

d) Mediante Auto de 29 de julio de 2005 la titular del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia promovió la presente cuestión de inconstitucionalidad.

3. El Auto de planteamiento se inicia con una referencia al cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 35.2 LOTC, tanto en lo que hace al momento procesal oportuno (tras la conclusión del acto del juicio oral, en decisión motivada y dando traslado a las partes) cuanto en lo relativo a la concreción de la norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona (el art. 153.1 CP, en su redacción vigente, resultante de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre) y a los preceptos constitucionales que se suponen infringidos (arts. 10, 14 y 24.2 CE).

Seguidamente se procede a formular el juicio de relevancia, que según el órgano promotor de la cuestión exige una estricta vinculación de la norma con el caso, razón por la cual dicho juicio debe vincularse a unos determinados hechos ya probados. A partir del resultado de la valoración conjunta de la prueba se establece un relato de hechos probados que merecerían la calificación 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 3ºh Conforme al relato de hechos, el maltrato de obra consistió en que "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". Para el órgano judicial promotor de la cuestión, 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 diferencia afectaría también a la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, pero en la medida en que las acusaciones no han solicitado su imposición, esa diferencia carece de verdadera relevancia. Asimismo, la diferencia afectaría al régimen de las alternativas a la pena privativa de libertad, al que serían aplicables determinadas agravaciones (arts. 83.1.6º, 84.3, y 88.1 CP), pero no se han

cuestionado tales preceptos en la medida en que su contenido no es determinante del fallo. También se apunta la posible afectación directa del fallo en el caso de aplicación de la rebaja de un grado del art. 153.4 CP con el efecto de alcanzar una pena de prisión inferior a tres meses. Finalmente, se señala que la pena imponible sería idéntica en el caso de considerar al marido persona especialmente vulnerable ya que el inciso final del precepto no introduce discriminación alguna en relación al sexo de los sujetos. El requisito de la convivencia quedaría acreditado en el caso pero faltaría la acreditación de la especial vulnerabilidad del sujeto pasivo varón.

Concluido el juicio de relevancia, el órgano judicial relata la evolución del precepto, cuyos orígenes sitúa en el art. 425 CP (Texto Refundido de 1973), introducido por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de julio, 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 habitualidad. En el Código Penal de 1995 ese contenido normativo se recogió, sustancialmente, en el art. 153, trasladándose por obra de la Ley Orgánica 11/2003 al actual art. 173.2 CP, como delito contra la integridad moral, ampliando el ámbito subjetivo de aplicación del tipo de violencia habitual. Esa misma Ley Orgánica introdujo por vez primera una sanción específica para la violencia ocasional en el ámbito familiar y doméstico, elevando a la consideración de delito conductas que, en ausencia de esas relaciones entre autor y víctima, hubieran sido constitutivas de simples faltas. El art. 153 CP regulaba el maltrato no habitual u ocasional, exigiendo que el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2, que regula hoy la violencia habitual.

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, tras la Ley Orgánica 1/2004 la estructura de los tipos varía, en cuanto que se introduce en el párrafo 1º del art. 153 un nuevo subtipo agravado para un círculo de personas más restringido, con la siguiente redacción: “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 (...)”.

En este nuevo subtipo se observa la predeterminación legal del sexo, diferenciando los sujetos activo y pasivo, derivando consecuencias jurídicas diversas en función del sexo de los sujetos. Concretamente, existe una referencia expresa a "la ofendida", lo que claramente identifica el sexo del sujeto pasivo; 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 añade, por lo demás, que esa interpretación pugnaría con el espíritu de la norma de origen, esto es, la Ley Orgánica 1/2004, que define la violencia de género como aquella 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" (art. 1).

El precepto presupone así un sujeto activo hombre y un sujeto pasivo mujer, y exige además una relación, actual o pasada, conyugal o de afectividad análoga. Este elemento relacional no añade nada significativo a la discriminación por sexo porque tal relación es concebible también en sujetos homosexuales, en particular tras la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio. Dicho de otro modo: las notas definitorias de la agravación son el sexo de los sujetos del delito y la relación conyugal o análoga entre ellas; no así la convivencia, cuya eliminación, unida a la limitación del

sexo necesariamente masculino del autor apuntan 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.

A continuación, se exponen pormenorizadamente las consecuencias jurídicas diferentes que resultan del sexo de los sujetos, tanto en lo que se refiere a la pena imponible como a las penas alternativas a la privativa de libertad. El Auto precisa que 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.

Una vez expuesta la evolución del precepto cuestionado, el Auto pasa a relacionar los preceptos constitucionales que el órgano judicial promotor de la cuestión considera infringidos.

En primer lugar, se examina la posible infracción del art. 14 CE señalando 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. Al respecto, se recuerda que el art. 14 CE impide, en principio, considerar al sexo como criterio de diferenciación (STC 28/1992, de 9 de marzo), resumiendo la doctrina que este Tribunal ha venido elaborando sobre el derecho a la igualdad en la ley. Los rasgos esenciales de esta doctrina se sintetizan en la 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 resultan 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” (FJ 5). Asimismo, se cita la STC 181/2000, de 29 de junio, en la que se declara 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 jurídica 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” (FJ 10).

Sentado esto, se constata la diferencia de trato, tanto en relación con la pena imponible como con el sistema de alternativas a la pena privativa de libertad. Respecto de la primera, se afirma que 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 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 queda excluido en la determinación de la pena en concreto el tramo comprendido entre tres y seis meses de prisión, previsto para el tipo básico, con el efecto reflejo correspondiente en relación con el tipo atenuado y con el agravado del párrafo 3º. Respecto al sistema de alternativas, se indica que la imposición de la pena de prisión conllevará un régimen agravado de suspensión o sustitución.

Constatada la diferencia de trato, se valora la justificación de la diferencia partiendo de la doctrina de la "acción positiva" o derecho desigual igualatorio (STC 229/1992, de 14 de diciembre), acogida por este Tribunal. Aquélla 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, a 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 de procurar una distribución proporcionada de aquéllos.

El origen histórico de la "acción positiva" suele situarse en el Derecho de los Estados Unidos de América, si bien se ha extendido a otros países, y se ha proyectado incluso en el ordenamiento comunitario europeo (art. 141.4 del Tratado de la Comunidad Europea, cuyo contenido reiteran la Directiva 2002/73/CE y la Propuesta de Directiva 2004/0084). También se invocan algunos pronunciamientos de este Tribunal (SSTC 3/1993, de 14 de enero; 229/1992, de 14 de marzo; 28/1992, de 9 de marzo), en los que se hace eco de la legitimidad de estas políticas en relación con supuestas discriminaciones por razón de sexo. Particularmente, la ya citada STC 28/1992, de 9 de marzo, donde se distingue entre "normas protectoras", que responden a una consideración no igual de la mujer como trabajadora, constitucionalmente ilegítimas; 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.

Finalmente, se constata una limitada recepción de la doctrina de la acción positiva, que no puede atribuirse a la historia política española, ya que también en el ordenamiento europeo se han expresado reservas en relación con estas medidas, tal como demuestra la STJCE de 17 de octubre de 1995 (caso Kalanke). Asimismo, en el país pionero en su adopción ha surgido un movimiento "revisionista" que advierte de su efecto perverso en cuanto puede contribuir a generar una nueva discriminación fundada en la sospecha de falta de verdadera capacidad o mérito profesional o académico de sus actuales o potenciales beneficiarios.

Según el órgano promotor de esta cuestión, el legislador español habría realizado 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. 1.1 LO 1/2004). Sin embargo, las medidas penales como la cuestionada, que endurecen la respuesta punitiva en atención a la diferenciación sexual de los sujetos del delito, no tendrían el carácter de "acciones positivas". Para sostener esta afirmación se reproducen las consideraciones del Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de la que es ahora Ley Orgánica 1/1004, donde se rechaza 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. Según el órgano promotor, 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 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.

Tampoco sería de recibo la caracterización de esta tipificación como una fórmula de “reparación o compensación” colectivas por pretéritas discriminaciones sufridas por las mujeres como grupo social, pues se traduciría en la imputación a cada acusado varón de una responsabilidad también colectiva, como “representante o heredero del grupo opresor”, lo que chocaría frontalmente con el principio de culpabilidad que rige el Derecho Penal. Se cuestiona, por tanto, la introducción de medidas positivas 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 legitimidad que, con tan errada etiqueta, se pretende revestir a estas medidas penales, insólitas en el Derecho comparado, dado que sólo se contemplan, en el ámbito europeo, en las legislaciones de España y Suecia.

Expuesta la diferencia de trato y valorada su justificación, se aborda el juicio de proporcionalidad entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida. En este punto el Auto de planteamiento realiza algunas aclaraciones. La primera es que aquel juicio 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, pues las objeciones que pudiera merecer ya fueron rechazadas en el ATC 233/2004, de 7 de junio. La segunda es que no se plantea directamente la duda respecto de la agravación adicional que, dentro de este ámbito, pueda surgir en relación con la violencia conyugal o asimilada, como hiciera el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica. Finalmente, tampoco se cuestiona, en cuanto no se entienda que predetermina el fallo, la definición de violencia de género del art. 1.1 de la Ley Orgánica 1/2004, como la ejercida exclusivamente por el hombre sobre la mujer, en la medida en que no afecta sólo al ámbito penal y pudiera sostenerse su constitucionalidad en relación con otros ámbitos.

La cuestión se limita a la diferenciación de sujetos en relación con el subtipo agravado del art. 153.1 CP no tanto por la diferencia real 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.

A juicio de la Magistrada titular del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia, puede citarse a sensu contrario, como precedente, la doctrina de la STC 126/1997 acerca de la sucesión en los títulos nobiliarios. Si entonces se afirmó la constitucionalidad de la discriminación por razón de sexo por afectar a un sector del ordenamiento jurídico, como es el Derecho Nobiliario, carente de verdadero contenido material, ahora debería alcanzarse una conclusión diametralmente distinta pues nos hallamos ante el sector del ordenamiento jurídico menos simbólico y más contundente en sus respuestas, que es el Derecho Penal. Al establecer una distinción por sexo en sede penal se comprometería injustificadamente el principio de igualdad y, eventualmente, los derechos a la presunción de inocencia y la dignidad de la persona.

El Auto examina a continuación la finalidad perseguida por el legislador, analizando las justificaciones que éste ha ofrecido para adoptar la medida penal cuestionada. En cuanto a los fines

preventivos, si bien se acepta que pueden perseguirse eficazmente sin el sacrificio de otros derechos, se advierte 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 más grave. En cuanto a la magnitud del fenómeno sociológico y criminal de la violencia doméstica, demostrado estadísticamente, se podría argumentar la necesidad de una reacción penal frente a esa realidad que pone en peligro bienes jurídicos constitucionalmente protegibles, asegurando su proporcionalidad. Sin embargo, con el recurso a la sanción penal se corre el riesgo de la llamada "huida al Derecho Penal", plasmada aquí en el adelantamiento de la barrera punitiva que significa el castigo como delito del maltrato ocasional, de dudosa eficacia. En este punto, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto también se resentiría pues no aparece una justificación de la desigualdad por razón de sexo.

Igualmente se discute el "argumento estadístico", según el cual dado que la mayoría de las agresiones integrantes de la violencia doméstica conyugal son cometidas por hombres, es legítimo castigar más a éstos. Sin negar el dato estadístico, se replica que ello no justifica por sí solo la agravación por conductas idénticas en atención al sexo masculino del autor y femenino de la víctima. El argumento autorizaría a castigar cualquier delito cometido por un hombre con mayor severidad, cuando el número de delincuentes varones es abrumadoramente superior al de mujeres en otros tipos delictivos. En este punto el Auto de planteamiento es prolijo en la aportación de porcentajes y comparaciones, concluyendo que siendo los fines legítimos, en este caso 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 esta norma. En efecto, siempre según la opinión de la titular del órgano judicial promotor de esta cuestión de inconstitucionalidad, el dato estadístico pudiera considerarse manifestación de un abuso de superioridad por el autor, hombre, sobre su víctima, mujer; una situación de vulnerabilidad de ésta; o 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.

De todos estos argumentos, el que pudiera hallar un fundamento más claro en la norma de origen – el art. 1 de la Ley Orgánica 1/2004, que define a la violencia de género como "manifestación de la discriminación" – sería el relativo al ánimo discriminatorio implícito, justificando la agravación por un ataque suplementario al propio derecho a la igualdad y a la proscripción de discriminación sexual. Pero el órgano promotor expresa sus dudas de constitucionalidad en relación con la fórmula de protección de este bien jurídico adicional. La primera es que 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, habida cuenta de que el legislador no ha empleado aquí el término "violencia de género", lo que introduce un muy relevante riesgo para la seguridad jurídica en cuanto que 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, de 21 de julio; 151/1997, de 29 de septiembre; 236/1997, de 22 de diciembre; 273/2000, de 15 de noviembre; y 64/2001, de

17 de marzo).

La segunda duda se proyecta sobre la posibilidad de una interpretación conforme a la Constitución de la norma, que 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 interpretación conforme de la Constitución (STC 105/1988, de 8 de junio). Pero no se trata, 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. 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, de 11 de diciembre) y que revelarían, en todo caso, la posibilidad de dictar una sentencia interpretativa que indicase la única interpretación constitucionalmente admisible de la norma cuestionada (SSTC 105/1988, de 8 de junio; 24/2004, de 24 de febrero).

La tercera duda de constitucionalidad se centra en la interpretación apuntada porque aunque el argumento discriminatorio pudiera justificar la agravación, no se entiende cómo podría justificar también la limitación al hombre. Por otro lado, existe una agravación genérica, sin distinción de sujetos, en el art. 22.4 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. Además, 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.

Dando un paso más, se indica que al establecer una presunción de intención discriminatoria en la conducta penal descrita, el legislador ha incorporado una extensión de la responsabilidad de grupo al concreto individuo juzgado, una recuperación del Derecho penal de autor. 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. 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. Cuando el legislador ha procedido a sancionar penalmente la discriminación ha mencionado los motivos de la discriminación prohibida pero no ha identificado a los grupos discriminadores y discriminados porque esa identificación sería imposible y poco eficaz en la persecución de esos motivos. En relación con la discriminación sexual, 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 presumir este motivo en el hombre que realiza determinadas conductas.

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. 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. A partir de un determinado momento, la preocupación del legislador penal por la igualdad ha avanzado hasta incluir medidas discriminatorias en el Código Penal. En la actualidad, este cuerpo legal incorpora, además del Capítulo dedicado al genocidio, tipos de discriminación en el empleo (art. 314), provocación a la discriminación (art. 510) y otros, así como una agravante genérica de discriminación en el art. 22.4 CP. Característica común a todas estas normas, cuyo bien jurídico

protegido, único o adicional, es el derecho a la igualdad, en su vertiente de prohibición de la discriminación, es la neutralidad en la descripción del sujeto activo; de igual modo, es pacífica su consideración como delitos o agravaciones de tendencia, en los que un elemento subjetivo del injusto debe identificarse y probarse para afirmar la antijuridicidad básica o agravada. Si bien no han faltado voces que han advertido acerca de los riesgos que este tipo de normas penales encierran de deslizarse por la pendiente del Derecho penal de autor, con la consiguiente atenuación del principio de culpabilidad consagrado en nuestra Constitución (STC 76/1990, de 26 de abril).

La Ley Orgánica 1/2004 añade nuevas medidas que pueden incluirse entre las antidiscriminatorias respecto de los delitos de lesiones (agravadas en relación con el tipo básico del art. 148.4; agravadas en relación con el tipo básico de maltrato familiar del art. 153.1), de amenazas (consideración como delito y no falta las de carácter leve en el art. 171.4) y coacciones (consideración como delito y no falta 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.

Pues bien, 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. Sospecha que no se disipa con la apelación a los argumentos estadísticos, según se ha avanzado, como tampoco si se piensa que 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, como sucedería en las paterno-filiales: 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.

Además, la agravación actúa en una selección de tipos que no puede calificarse sino de sorprendente, al haberse excluido en la Ley Orgánica 1/2004 los delitos contra la libertad sexual, de privación arbitraria de libertad o, lo que sería 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. De donde se deduce que no parece que pueda calificarse de objetiva y razonable la diferencia, de carácter absolutamente excepcional en el ordenamiento y, en especial, en el sector penal del mismo, 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. Sorprende que se haya agravado el maltrato ocasional y no el habitual del art. 173.2 CP.

Para la titular del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia, 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, 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.

Si se pretendiese la presunción de la presencia de un componente discriminatorio o de género en algún tipo de conductas violentas, la misma debería referirse a aquéllas en las que se revela con claridad lo que se ha denominado "perfil del maltratador" o el "síndrome de mujer maltratada".

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.

En el único país en el que existe un precepto similar, Suecia, la referencia, puramente nominal, al sexo, se limita, en todo caso, a conductas de violencia habitual; 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 para los casos 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, pero en relación con la posible concepción del art. 153.1 CP y de sus preceptos paralelos como medidas antidiscriminatorias, se plantearían las siguientes dificultades específicas, todas ellas relevantes en el juicio de constitucionalidad. En primer lugar, 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 seguridad jurídica y legalidad. Asimismo, la exigencia de un móvil discriminatorio cuestiona, en relación con todas las medidas antidiscriminatorias así concebidas, el principio de culpabilidad. La presunción de este móvil vulnera, además del principio de culpabilidad y de responsabilidad por el hecho, el derecho a la presunción de inocencia. La presunción de ese móvil sólo en el sujeto activo hombre genera una vulneración añadida del principio de culpabilidad, de la presunción de inocencia y del derecho a la igualdad. Para concluir, la conexión de estas normas con la definición de violencia de género del art. 1.1 de la Ley Orgánica 1/2004 permitiría eludir la presunción del móvil y, por tanto, la infracción 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.

En todo caso, la conexión del art. 153.1 CP y el art. 1.1 de la Ley Orgánica 1/2004 debería partir de una interpretación no literal y arriesgada, que no despejaría todas las dudas de inconstitucionalidad. Con respecto a este tipo de medidas se han apuntado dos líneas de interpretación posibles. Conforme a la subjetiva, que incidiría en la motivación del sujeto activo, la justificación de la agravante se situaría en el ámbito de la culpabilidad, exigiéndose prueba en el caso concreto del móvil discriminatorio, puesto que la presunción del móvil en el maltrato ocasional sólo del hombre a la mujer sería contrario a los derechos a la igualdad y a la presunción de inocencia. También se ha apuntado una explicación de la agravante desde el plano de la antijuridicidad y no de la culpabilidad, a partir del desvalor adicional del resultado del maltrato por razón de la pertenencia de la víctima a un colectivo "oprimido", dando prioridad no al móvil discriminatorio en sí mismo sino al efecto que el delito realizado con esa motivación produce en el sujeto pasivo; en tal caso la duda de constitucionalidad no desaparece toda vez que la diferencia valorativa traería causa de su sexo.

El caso límite para contrastar las anteriores reflexiones sería el de los malos tratos recíprocos, donde la ley castiga más al hombre que a la mujer 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. De tal modo que al hombre 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 casos, afirmaciones demasiado problemáticas para justificar razonable y objetivamente la desigualdad.

A continuación, bajo el epígrafe "la agravación y el abuso de superioridad", se analizan las dos

restantes hipótesis de fundamento de la agravación, ya mencionadas. 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. 180.3 CP) no se exige necesariamente la nota de abuso de la 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 que concorra: una situación objetiva de poder físico o anímico del agresor sobre su víctima que determine un desequilibrio de fuerzas favorable al primero; el abuso o consciente aprovechamiento de ese desequilibrio por parte del agresor para la mejor y más impune realización del delito; y, por último, la accesoriedad del exceso de fuerzas en la realización del delito de que se trate, de manera que no deba entenderse implícito, ya por estar incluido como un elemento del tipo, ya por ser la única forma de poder consumarlo. La característica común es la desproporción de fuerzas que debilita las posibilidades de defensa de la víctima. El abuso de superioridad construido a partir de la posición dominante del hombre sobre la mujer, en abstracto, además de reprochable en sí mismo desde el punto de vista de la igualdad, en cuanto elevaría una observación sociológica a la categoría de presupuesto jurídico de agravación en el caso concreto, se reconduciría a la hipótesis ya expuesta de interpretación de la norma como medida antidiscriminatoria.

Para la Magistrada titular del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia, no es precisa demasiada argumentación para rechazar el abuso de superioridad como fundamento de la agravación, puesto que en cuanto presunto, vulneraría el derecho a la presunción de inocencia: no es, desde luego, una realidad exenta de prueba la superioridad física de todo hombre en relación con su pareja. En cuanto se exigiese su prueba, en un intento de acomodar el precepto a las mínimas exigencias constitucionales, se revelaría como una medida excesiva, en cuanto impediría su aplicación al sujeto activo mujer en iguales circunstancias, para conseguir un resultado que, sin comprometer el derecho a la igualdad, podría alcanzarse eficazmente con la aplicación de la agravante genérica o la específica de persona especialmente vulnerable. El abuso de superioridad es una agravante "relacional" en cuanto que reclama una comparación de fuerzas y capacidades de ataque y defensa en el sujeto activo y 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 implicaría el reconocimiento jurídico, como presupuesto fáctico de agravación, de un estereotipo según cual tales son las posiciones respectivas de hombre y mujer en sus relaciones afectivas, lesionándose así gravemente el derecho a la dignidad de la mujer.

También sería contraria a esa dignidad la presunción de una especial vulnerabilidad de la mujer frente al maltrato de su pareja. Precisamente, el derecho a la dignidad de la persona se ha destacado en las SSTC 214/1991, de 11 de noviembre, y 176/1995, de 11 de diciembre, 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.

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 legal cuestionada. Una cosa es identificar, a través de estadísticas, estudios o informes esa realidad sociológica, y 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 de riesgo, es especialmente vulnerable. El Tribunal Constitucional rechaza las medidas en las que predomina una "visión paternalista" de la mujer y en las que el privilegio instituido a su favor se revela como una forma encubierta de discriminación

que se vuelve contra ella. Según se reseña en el Auto de planteamiento de esta cuestión, 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.

La parte argumentativa del Auto se cierra con un resumen de las tesis expuestas. En este resumen se concluye que la norma cuestionada establece una diferencia de trato en función del sexo del sujeto activo y pasivo, cuya justificación corresponde al legislador, y que las hipótesis justificativas que se han ensayado para acomodar la norma a los preceptos constitucionales no satisfacen las exigencias de los arts. 14, 24.2 y 10 CE, considerando en particular que no puede reconocerse un criterio objetivo suficientemente razonable, de acuerdo con los criterios o juicios de valor generalmente aceptados. Y ello porque la prevención general no justifica, por sí sola, una diferencia de trato en sede penal, por razón de sexo; la norma no tiene naturaleza “promotora” de la mujer y no puede ampararse en la noción de “acción positiva” como justificación de la desigualdad; la norma tampoco se justifica como “protectora” de la mujer como tal o como víctima de la violencia. Por otra parte, la norma entendida como medida antidiscriminatoria tendría una finalidad legítima, pero la forma en que se ha articulado 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.

Para perseguir con severidad el maltrato conyugal, fenómeno cuya gravedad en ningún momento se niega, bastaba con agravar las penas sin distinguir sexos. En cambio, ofrecer una respuesta escasa, pero realmente más grave, en apariencia inofensiva o simbólica, 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, de 28 de marzo).

4. Mediante providencia de 27 de septiembre de 2005 la Sección Tercera de este Tribunal acordó, de conformidad con el art. 37.1 LOTC, oír al Fiscal General del Estado para que en el plazo de diez días alegara lo que estimara conveniente sobre la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad planteada, por posible incumplimiento de los requisitos procesales y por si pudiera ser notoriamente infundada.

5. El Fiscal General del Estado presentó su escrito de alegaciones el 24 de octubre de 2005, interesando la inadmisión de la cuestión por incumplimiento de los requisitos procesales y por ser notoriamente infundada.

Respecto a los primeros, se aduce que la Magistrada Juez, al final del plenario, sometió a las partes la cuestión de inconstitucionalidad y les dio traslado para alegaciones, pero omitió toda mención al precepto cuestionado, señalando la vulneración de los arts. 10, 14 y 24 CE sin otra especificación, lo cual motivó que el letrado defensor del acusado se refiriera a cuestiones ajenas a las finalmente planteadas. Y si bien con posterioridad se dictó una providencia reiterando a las partes el trámite de alegaciones acordado, tal providencia no se dictó con la finalidad de subsanar las deficiencias de la anterior resolución y abrir un nuevo plazo de alegaciones, sino como mero recordatorio de lo anteriormente acordado, dictándose el 29 de julio Auto de elevación de la cuestión. Con esta forma de proceder, el órgano judicial no habría realizado la audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal en los términos previstos en el art. 35.2 LOTC, incumpliendo las exigencias procesales del art. 37.1 LOTC (ATC 118/2005, de 15 de marzo).

En cuanto al fondo del asunto, después de invocar la jurisprudencia constitucional sobre el art. 14 CE (SSTC 182/2005, de 4 de julio; 213/2005, de 21 de julio; 28/1992, de 9 de marzo), y sobre la violencia doméstica (ATC 233/2004, de 7 de junio), reproduciendo el texto del precepto cuestionado (art. 153.1 CP), el Fiscal General del Estado sintetiza las dudas de constitucionalidad de la norma cuestionada, que esencialmente se centran en que aquélla establece una diferencia punitiva en la medida de prisión y en la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad (y otros) que se basa en el sólo extremo del sexo del agresor y de la víctima. La previsión de diferencias punitivas por razón de sexo ofrecería una dificultad especial, aunque no estaría vedada la diferencia de trato, que sin embargo requeriría una justificación reforzada por tratarse del ámbito penal y tomarse en consideración uno de los criterios de discriminación que la Constitución prohíbe.

A continuación se examinan las afirmaciones contenidas en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, que introdujo las reformas en el Código Penal mediante las cuales se incorporó el precepto cuestionado. En este punto, se destaca la consideración que hace el legislador de la violencia de género como problema de dimensión universal y de gravedad extrema, siendo uno de los ámbitos en que se produce el de las relaciones de pareja, donde los condicionantes socioculturales que actúan sobre el género masculino y femenino sitúan a la mujer en una posición de subordinación.

El Fiscal General del Estado estima, al contrario de la Magistrada Juez proponente, que las relaciones de pareja y el sexo de los miembros de la misma carecen en la realidad social de la neutralidad que se predica, siendo constatables los condicionamientos socioculturales que actúan sobre género femenino y masculino, así como el hecho de que las mujeres son objeto de agresiones en una proporción muy superior a las que ellas ocasionan. De ahí que la toma en consideración de ambos datos por el legislador penal no carezca de una justificación objetiva y razonable, dado que en el ámbito de las relaciones de pareja, con carácter mayoritario, uno de los sexos intervinientes es el agresor y el otro la víctima. Se constata así una forma delictiva con autonomía propia caracterizada por unas conductas que encierran un plus de antijuridicidad, al ser expresivas de unas determinadas relaciones de poder y sometimiento del hombre sobre la mujer que implicaría el desconocimiento por parte de aquél de los derechos más elementales de éstas.

Se señala a continuación que el problema social de la violencia doméstica es el que ha llevado al legislador a adoptar diversas medidas en la Ley Orgánica 1/2004, poniendo de manifiesto, además de la posición desventajosa de las mujeres respecto a los hombres, que su protección ante los actos de maltrato requiere la adopción de medidas distintas de las que se deben adoptar para proteger en general a las víctimas. Además, la agravación punitiva no sólo se produce en el ámbito de la violencia doméstica, sino que es extendida por el legislador a otras relaciones en las que concurren en la víctima circunstancias objetivas de desprotección. El legislador sólo ha tomado en consideración el tipo de relación familiar y el sexo de los sujetos intervinientes cuando dichos extremos tienen incidencia criminógena, apareciendo afectado el derecho a la igualdad de las víctimas. Aquél ha dotado a los órganos judiciales de la posibilidad de imponer las penas de trabajos en beneficio de la comunidad en las que no ha efectuado exasperación punitiva alguna, sólo prevista para la pena alternativa de prisión en su límite mínimo y para la facultad de inhabilitación en su límite máximo, poniendo en manos de Jueces y Tribunales una variedad de respuestas penales que ajusten la respuesta punitiva a las circunstancias concurrentes en cada caso.

En definitiva, al configurar la figura agravada que se discute en esta cuestión el legislador habría atendido a elementos diferenciadores que tienen una indudable justificación, pues en el “tipo de relaciones de que se trata” y el “sexo de los que las mantienen o las han mantenido” guarda relación con la producción de “ataques a bienes y derechos de constitucionales de innegable transcendencia” y con que “tales actos constituyan uno de los mayores fenómenos delincuentes de nuestro tiempo”. Por ello su toma en consideración no puede tildarse de carente de justificación, no habiéndose

restringido el fin que con esa agravación punitiva se persigue a la protección de las mujeres en las relaciones de pareja sino que se ha extendido a todas las víctimas que reclaman especial protección sin distinción de sexo, y en virtud de la técnica punitiva empleada se ha ofrecido a los Jueces y Tribunales la posibilidad de que valoren la incidencia que tales condiciones han tenido en el caso concreto, permitiendo una respuesta punitiva a cada caso específico, por lo que las consecuencias de la disparidad normativa no son desproporcionadas.

6. Mediante providencia de 31 de enero de 2006, la Sección Tercera de este Tribunal acordó tener por formuladas las alegaciones del Fiscal General del Estado y admitir a trámite la cuestión, así como dar traslado de las actuaciones recibidas, de conformidad con el art. 37.2 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado por conducto de sus Presidentes; al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia, y al Fiscal General del Estado, al objeto de que en el plazo de quince días pudiesen personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimaran convenientes. Finalmente, se acordó publicar la incoación de la cuestión en el “Boletín Oficial del Estado”, efectuándose en el núm. 44, de 21 de febrero de 2006.

7. Mediante escrito registrado el 15 de febrero de 2006, el Presidente del Senado comunicó que la Mesa de la Cámara había acordado personarse en el presente proceso constitucional y dar por ofrecida su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

Con fecha 23 de febrero de 2006 se presentó escrito del Presidente del Congreso de los Diputados comunicando el Acuerdo de la Mesa de la Cámara por el cual no se personaba ni formulaba alegaciones en el presente proceso constitucional, poniendo a disposición del Tribunal las actuaciones que pudiera precisar.

8. Por escrito registrado el 23 de febrero de 2006, el Abogado del Estado se personó en nombre del Gobierno en el presente proceso constitucional, y formuló las alegaciones que seguidamente se resumen.

Empieza el escrito interesando la inadmisión de la cuestión planteada por incumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 35.2 LOTC. Del acta de la sesión del juicio oral se deduciría que la juzgadora concedió un término de diez días para la formulación de alegaciones por las partes y el Ministerio Fiscal, pero sin indicar la duda de constitucionalidad ni el precepto legal cuestionado, limitándose a mencionar los arts. 10, 14 y 24 CE. La posterior providencia de 22 de julio de 2005, en la que sí se mencionaba el art. 153.1 CP, no vendría a sanar los defectos del trámite precedente pues se limita a reiterar la decisión adoptada en la sesión del juicio oral. De ahí que ni por su tramitación ni por su contenido puede darse por cumplido el trámite de audiencia a las partes previsto en el art. 35.2 LOTC, pues no basta la mera cita numérica de los preceptos constitucionales.

Seguidamente, el escrito del Abogado del Estado pasa a examinar el juicio de relevancia, señalando que las argumentaciones del Auto de planteamiento, especialmente intensas en relación a la proporcionalidad, suscitan dudas acerca de si las objeciones al precepto lo son por su inconstitucionalidad o a las conveniencias de su aplicación. En este sentido, afirma que la cuestión de inconstitucionalidad ha de partir de unos hechos que permitan considerar aplicable una norma, siendo difícilmente aceptable medir la norma misma por un juicio de proporcionalidad basado en un caso en el que el propio juzgador deja traslucir su propia convicción acerca de su dificultosa subsunción en la norma cuestionada. Ello comporta que la fundamentación de la relevancia acuse una desviación de su objeto.

En cuanto a la objeción de inconstitucionalidad formulada al art. 153.1 CP, el Abogado del Estado rechaza la premisa de la que parte el Auto de planteamiento, al vincular de forma rígida la

aplicación del precepto legal a una previa identificación del autor y de la víctima por razón de sexo, pasando de puntillas sobre el hecho de que la descripción del tipo penal en el precepto cuestionado contempla a la “persona especialmente vulnerable” como víctima del delito, y no sólo al género femenino. La juzgadora examinaría los potenciales fundamentos de la norma penal cuestionada, realizando una lectura fragmentada del art. 153.1 CP según la víctima, pues si se trata de una persona especialmente vulnerable constituye un tipo penal distinto y diferenciado, que debería segregarse del resto del precepto por cuanto el fundamento de la censura penal se encuentra en la propia vulnerabilidad del sujeto; mientras que si la víctima es una mujer entonces el fundamento no es la vulnerabilidad sino el sexo. Ese fraccionamiento del texto, segregando las víctimas vulnerables de las mujeres lleva a esa pretendida contraposición de los sexos para ocupar cada uno de ellos los lados activo y pasivo del delito.

A continuación apunta el Abogado del Estado que el derecho que se considera primordialmente afectado, según el Auto de planteamiento, es la igualdad por razón de sexo, dada la diferencia de tratamiento entre varón (art. 153.1 CP) y mujer (art. 153.2 CP) en la agravación de la pena imponible a la comisión de la lesión o maltrato. El primer apartado del precepto reduce el espectro de la pena imponible al situar el mínimo en seis meses en lugar de los tres meses del párrafo segundo. Pues bien, a su juicio, esa pretendida discriminación parte de una premisa rechazable ya que el Auto de planteamiento identifica los sujetos activo y pasivo de la infracción punible por razón de sexo, lo cual resulta de fraccionar el precepto cuestionado sustrayendo de su enunciado a la persona especialmente vulnerable. Sin embargo, tanto el sujeto activo del art. 153.1 CP como la víctima pueden ser tanto el hombre como la mujer.

La redacción del precepto está principalmente inspirada por la protección de la mujer en el seno de la relación conyugal, ámbito en el cual aquélla es el ser más débil como demostraría la realidad cotidiana. Pero la escisión del precepto en dos categorías penales diferenciadas ha impedido ver a la promotora de la cuestión las posibilidades que permite apreciar la conjugación interpretativa de estos términos yuxtapuestos: el sexo femenino y la especial vulnerabilidad. Una interpretación conjunta de esos dos términos permite una interacción recíproca en la medida de cada uno de ellos. Lo que la ley penal persigue evitar es esa actuación discriminatoria frente a las mujeres por el hecho de serlo, por ser consideradas por sus agresores carentes de derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión en el círculo íntimo de la relación conyugal. Aunque inspirado en este objetivo, el precepto cuestionado no es reconducible al esquema simplista que propone el Auto, colocando en exclusividad a los sexos en el lado activo y pasivo del delito.

En cuanto a los otros preceptos constitucionales pretendidamente vulnerados por la norma cuestionada, el Abogado del Estado entiende que el Auto no ofrece argumentación específica sobre el art. 24.2 CE, mientras el art. 10 CE aparece aludido por la relación que se establece en el art. 153.1 CP entre la mujer y la persona especialmente vulnerable, que entrañaría un cierto menosprecio, apreciación que debe rechazarse.

Con base en las alegaciones expuestas, el Abogado del Estado interesa la inadmisión, y en su defecto, la desestimación de la cuestión promovida.

9. Con fecha 1 de marzo de 2006 el Fiscal General del Estado presentó un escrito en el que da por reproducidas las alegaciones vertidas en su anterior escrito de 24 de octubre de 2005, interesando que se dicte Sentencia en la que se declare que la norma cuestionada no incurre en ninguna vulneración de los arts. 10, 14 y 24.2 CE.

10. Por providencia de 14 de mayo de 2008 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. El Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia cuestiona en este proceso la constitucionalidad del art. 153.1 del Código Penal, en la redacción dada al mismo por el art. 37 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, por entender que infringe los arts. 10, 14 y 24.2 de la Constitución al establecer una discriminación por razón de sexo que dimanaría de la definición de los sujetos activo (varón) y pasivo (mujer) en el art. 153.1 CP y de la diferencia de trato punitivo que ello supone en relación con la misma conducta cuando el sujeto activo es una mujer y el pasivo un hombre con la misma relación entre ellos que la descrita en el tipo penal cuestionado (conyugal o análoga, sea en ambos casos presente o pretérita). El Fiscal General del Estado interesa la inadmisión de la cuestión por incumplimiento de los requisitos procesales, y por ser notoriamente infundada. También el Abogado del Estado solicitó la inadmisión por incumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 35.2 LOTC, o, en su defecto, la desestimación de la cuestión promovida.

El artículo 153.1 CP afirma lo siguiente: “El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años”.

2. Antes de entrar en el estudio del fondo del asunto debemos examinar el vicio de procedibilidad denunciado tanto por el Fiscal General del Estado como por el Abogado del Estado, contrarios ambos a la admisión a trámite de la presente cuestión por considerar incumplidos algunos de los requisitos establecidos en el art. 35 LOTC – en su redacción anterior a la LO 6/2007, de 24 de mayo –. Este examen es pertinente, según nuestra jurisprudencia, porque la tramitación específica de admisibilidad de la cuestión del art. 37.1 LOTC no tiene carácter preclusivo: cabe apreciar en Sentencia, con efecto desestimatorio, la ausencia de los requisitos procesales y de fundamentación requeridos para el válido planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad (por todas, STC 166/2007, de 4 de julio, FJ 5, y las allí citadas).

Coinciden el Fiscal General del Estado y el Abogado del Estado en denunciar la defectuosa tramitación de la presente cuestión por cuanto la titular del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia habría sometido la cuestión a las partes y al Ministerio Fiscal al final de juicio oral sin mencionar el precepto cuestionado ni indicar la duda de constitucionalidad. Y si bien es cierto que posteriormente dictó la providencia de 22 de julio de 2005 reiterando el trámite acordado, ésta no habría subsanado las deficiencias del trámite precedente, con lo que no se habría realizado la audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal de conformidad con el art. 35.2 LOTC.

El óbice no puede acogerse porque de acuerdo con nuestra jurisprudencia el trámite de audiencia se ha realizado con la observancia de los requisitos fijados en nuestra Ley, cumpliendo su doble

objetivo de garantizar la audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal ante una posible decisión judicial de tanta entidad como es la de abrir un proceso de inconstitucionalidad, y poner a disposición del Juez un medio que le permita conocer la opinión de los sujetos interesados con el fin de facilitar su reflexión sobre la conveniencia o no de proceder a la apertura de dicho proceso (STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 4). Ciertamente es que la Magistrada Juez no citó en el juicio oral el precepto cuya constitucionalidad se cuestionaba (art. 153.1 CP), pero lo es asimismo que dicho precepto era el único en el que se basaban la acusación pública y la acusación particular para solicitar la condena del acusado tanto en las conclusiones provisionales como en las definitivas. En el acta firmada por todas las partes consta que la titular del Juzgado otorgó el trámite de audiencia de forma oral al finalizar el juicio, después de que las partes acusadoras, al elevar a definitivas las conclusiones, acabaran de citar el precepto cuestionado como el único que sustentaba sus pretensiones. Además, en su posterior providencia de 22 de julio de 2005 la Magistrada reiteraba a las partes el acuerdo adoptado en el juicio oral de traslado para alegaciones acerca del planteamiento de la cuestión, con cita del precepto legal cuestionado y de las normas constitucionales que éste podría vulnerar. De este modo se cumplían los únicos requisitos exigibles en dicho trámite, según dijimos en la STC 42/1990, de 15 de febrero, sin que sobre recordar con la misma que el otorgamiento de la audiencia efectuado en forma imprecisa constituye “un defecto que carece de suficiente entidad para ser elevado a causa de inadmisibilidad que impida el examen del fondo cuestionado si ... la indeterminación es sólo relativa, pues las partes han podido conocer el planteamiento de inconstitucionalidad realizado por el Juez y, atendidas las circunstancias del caso, situarlo en sus exactos términos constitucionales” (FJ 2).

3. El Auto de cuestionamiento cumple las dos exigencias impuestas por el art. 35.1 LOTC: la aplicabilidad de la norma legal al caso y la adecuada formulación del juicio de relevancia. Notoria la aplicabilidad, en cuanto que los hechos objeto de enjuiciamiento en el proceso a quo fueron calificados por el Ministerio Fiscal y por la acusación particular como típicos del delito previsto en el artículo cuya constitucionalidad se cuestiona (art. 153.1 CP), hemos de considerar fundado el juicio de relevancia realizado por el órgano de enjuiciamiento, pues en absoluto observamos “que sea notorio que no existe el nexo causal entre la validez de la norma legal cuestionada y la decisión a adoptar en el proceso a quo” (STC 100/2006, de 30 de marzo, FJ 2). Considera al respecto el Auto de cuestionamiento que, de estimarse constitucional el precepto, la pena de prisión imponible al agresor tendría, en aplicación de la agravación de realización de la agresión en el domicilio común contemplada en el art. 153.3 CP, un mínimo de nueve meses y un día, mientras que si el precepto se reputara inconstitucional por vulnerar el art. 14 CE no podría aplicarse esta pena. La exposición de esta diferencia constituye un argumento suficiente de relevancia de la presente cuestión, aunque no especifique la Magistrada cuestionante cuál sería la solución penal en esta segunda alternativa.

El Auto excluye del cuestionamiento normativo, en cuanto no aplicable, el inciso relativo a “la persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”. También excluye, ahora por su irrelevancia, la previsión de pena potestativa de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento (que carece de mínimo en el tipo del apartado 1 y su máximo es de cinco años, frente al mínimo de seis meses y máximo de tres años fijado en el apartado 2), pues la imposición de esta pena no fue solicitada por las acusaciones y la Juez no consideró admisible su imposición de oficio, por cuanto vulneraría las exigencias del principio acusatorio. También excluye de su cuestionamiento los preceptos relativos al régimen específico de las alternativas a la ejecución de penas privativas de libertad introducido por la Ley 1/2004 para los supuestos de “violencia de género”, relativo a las condiciones de suspensión (art. 83.1.6, párrafo segundo CP) y de revocación de la suspensión (art. 84.3 CP), y a la pena sustitutiva (art. 88.1, párrafo tercero CP), pues al no tratarse de decisiones que hayan de adoptarse necesariamente en sentencia su contenido no es determinante del fallo.

4. Conforme a lo expuesto, nuestro estudio del fondo de los problemas planteados en esta cuestión

de inconstitucionalidad se efectuará sólo en relación con el art. 153.1 CP en cuanto dispone que “(e)l 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, ... será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año ...”. La duda que suscita el órgano promotor de la presente cuestión se centra en su posible inconstitucionalidad a la vista de que, en su interpretación del precepto y en comparación con el del art. 153.2 CP, establece un trato penal diferente en función del sexo de los sujetos activo y pasivo del delito que podría ser constitutivo de una discriminación por razón de sexo prohibida por el art. 14 CE y que además podría comportar una vulneración del principio de culpabilidad. En concreto, en la lectura del precepto que hace el Auto de cuestionamiento respecto a sus sujetos activo y pasivo, el delito de maltrato ocasional tipificado en el art. 153.1 CP se castiga con la pena de prisión de seis meses a un año cuando el sujeto activo fuera un varón y el sujeto pasivo una mujer, mientras la misma conducta es castigada con la pena de prisión de tres meses a un año si el sujeto activo fuera una mujer y el sujeto pasivo un varón (art. 153.2 CP). La diferenciación se establecería en función del sexo y restringiría el marco de la pena imponible en sentido agravatorio, pues de la pena del art. 153.1 CP queda excluido el tramo comprendido entre tres y seis meses de prisión que sí forma parte del marco penal del art. 153.2 CP.

Expuesta la duda de constitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia en relación con parte del enunciado del art. 153 CP –que conduciría, en efecto, a su inconstitucionalidad si la interpretación asumida por dicho juzgado fuera la única posible y no cupieran otras interpretaciones como las manifestadas en numerosos pronunciamientos de los Jueces y los Tribunales ordinarios acerca del expresado tipo penal–, su análisis exige dos precisiones previas en torno al contenido de este precepto. Estas precisiones son relevantes en la medida en que afectan al área de las conductas que la Magistrada cuestionante considera como injustificadamente diferenciadas a efectos punitivos. La primera precisión (A) se refiere a que la autoría necesariamente masculina del delito es el fruto de una de las interpretaciones posibles de los términos del enunciado legal, y a que cabría entender que también las mujeres pueden ser sujetos activos del delito. La segunda precisión (B) se refiere a la inclusión en el enunciado del art. 153.1 CP de otro sujeto pasivo alternativo, descrito como “persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”.

A) El círculo de sujetos activos del delito se describe en el tipo por “el que” y por que 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”. Aunque la Magistrada cuestionante admite al respecto que cabría incorporar también una autoría femenina al delito, dado que la expresión “el que”, utilizada en el art. 153.1 CP y en numerosos artículos del Código Penal, tiene un significado neutro que no designa exclusivamente a personas de sexo masculino, y dado que la relación conyugal o de afectividad descrita en el precepto cuestionado es posible entre mujeres, termina sosteniendo que el sujeto activo del delito ha de ser un varón. Sustenta esta interpretación en la referencia expresa como sujeto pasivo del delito a “la ofendida que sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él [al autor] por una análoga relación de afectividad” y en el propósito de la ley que genera la norma de combatir la violencia que, “como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia” (art. 1.1 Ley Orgánica 1/2004).

Como expresa el propio Auto de planteamiento y anteriormente se ha dicho, la interpretación de que el círculo de sujetos activos del primer inciso (“el que”) del art. 153.1 CP se restringe sólo a los varones no es la única interpretación posible del mismo, en cuanto razonable. A los efectos de nuestro enjuiciamiento actual nos basta sin embargo con constatar la existencia de otras

posibilidades interpretativas y la validez inicial de la realizada por el órgano judicial, en el sentido, convergente con el que demanda el derecho a la legalidad penal del art. 25.1 CE, de que no es constitutiva de una creación judicial de la norma, atentatoria del monopolio legislativo en la definición de los delitos y las penas: esto es, de que no es una interpretación irrazonable –semántica, metodológica y axiológicamente irrazonable (por todas, STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7)–, sin que más allá nos corresponda evaluarla desde parámetros de calidad o de oportunidad. No sobra sin embargo destacar que este entendimiento judicial de la norma supone, en principio, una diferenciación que afecta tanto a la sanción como a la protección: que lo que la Juez cuestionante plantea es tanto que se sanciona penalmente más a los hombres que a las mujeres por lo que entiende que son los mismos hechos, como que también se protege penalmente más a las mujeres que a los hombres frente a lo que considera que es una misma conducta.

Esta diferenciación no sólo es más pronunciada que la que supondría una lectura del primer inciso del art. 153.1 CP con un sujeto activo neutro por tratarse de una doble diferenciación (de sujeto activo o de sanción y de sujeto pasivo o de protección), sino también porque incorpora la que resulta más incisiva de las dos (de sujeto activo). Es mayor la intensidad de la diferenciación cuando se refiere a la sanción que cuando se refiere a la protección, siquiera sea porque cuando la sanción constituya la privación de un derecho fundamental, y significativamente del derecho a la libertad, se tratará de una diferenciación relativa al contenido de los derechos fundamentales, al contenido de la libertad. Procede recordar que las normas penales con pena privativa de libertad “suponen un desarrollo del derecho a la libertad . . . . El desarrollo legislativo de un derecho proclamado en abstracto en la Constitución consiste, precisamente, en la determinación de su alcance y límites en relación con otros derechos y con su ejercicio por las demás personas, cuyo respeto, según el art. 10.1 CE, es uno de los fundamentos de orden político y de la paz social. Pues bien, no existe en un Ordenamiento jurídico un límite más severo a la libertad que la privación de la libertad en sí. El derecho a la libertad del art. 17.1, es el derecho de todos a no ser privados de la misma, salvo «en los casos y en la forma previstos en la Ley»: en una Ley que, por el hecho de fijar las condiciones de tal privación, es desarrollo del derecho que así se limita. En este sentido el Código Penal y en general las normas penales, estén en él enmarcadas formalmente o fuera de él en leyes sectoriales, son garantía y desarrollo del derecho de libertad en el sentido del art. 81.1 CE, por cuanto fijan y precisan los supuestos en que legítimamente se puede privar a una persona de libertad. De ahí que deban tener carácter de Orgánicas” (STC 140/1986, de 11 de noviembre, FJ 5).

Nuestro punto de partida en relación con el sexo del sujeto activo ha de ser, en suma, el que aporta el órgano cuestionante, porque es el que presenta un mayor grado de diferenciación y es con ello la diferencia más incisiva con la perspectiva del principio de igualdad, dado que incluye la más severa relativa al sujeto activo, y porque se refiere a los dos elementos personales del tipo (sujeto activo y sujeto pasivo). Sólo si esta norma resultara inconstitucional habríamos de analizar la que deriva de la interpretación alternativa respecto del sexo del sujeto activo (tanto hombre como mujer), a los efectos de cumplir nuestra tarea de “explorar las posibilidades interpretativas del precepto cuestionado, por si hubiera alguna que permitiera salvar la primacía de la Constitución” (SSTC 76/1996, de 30 de abril, FJ 5; 138/2005, FJ 5; 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 18; 202/2003, de 17 de noviembre, FJ 6; 273/2005, de 27 de octubre, FJ 8; 131/2006, de 21 de abril, FJ 2; 235/2007, FJ 7).

B) La segunda precisión en torno a los contornos típicos del enunciado cuestionado se refiere a su inserción en un panorama normativo complejo, en el que el inciso siguiente del art. 153.1 CP añade como sujeto pasivo a la “persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”. Con ello, queda notablemente reducida la objeción sustancial del Auto a la norma en cuestión, relativa a que se castigan más las agresiones del hombre a la mujer que es o fue su pareja (art. 153.1 CP) que cualesquiera otras agresiones en el seno de tales relaciones y significativamente las agresiones de la mujer al hombre (art. 153.2 CP). Así, si respecto de las agresiones a personas especialmente

vulnerables no hay restricción alguna en el sexo del sujeto activo, resultará que la misma pena que se asigna a las agresiones del varón hacia quien es o fue su pareja femenina (la pena del art. 153.1 CP) será la que merezcan las demás agresiones en el seno de la pareja o entre quienes lo fueron cuando el agredido o la agredida sea una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor o la autora de la agresión.

5. Constatada la aplicabilidad y relevancia del precepto cuestionado, delimitado éste en función de las mismas y determinado su contenido material respecto al precepto que sirve de comparación, llegado es el momento de responder a su cuestión principal: si dicho precepto es inconstitucional en cuanto infractor de lo dispuesto en el art. 14 CE.

De acuerdo con nuestra doctrina sobre el art. 14 CE, sintetizada en la STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4, y recogida posteriormente, entre otras muchas, en las SSTC 39/2002, de 14 de febrero, FJ 4; 214/2006, de 3 de julio, FJ 2; 3/2007, de 15 de enero, FJ 2, y 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 5, dicho precepto constitucional acoge dos contenidos diferenciados: el principio de igualdad y las prohibiciones de discriminación. Así, cabe contemplar “en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad, por una conocida doctrina constitucional, como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas” (STC 200/2001, FJ 4). En palabras conclusivas de la STC 222/1992, de 11 de diciembre, “los condicionamientos y límites que, en virtud del principio de igualdad, pesan sobre el legislador se cifran en una triple exigencia, pues las diferenciaciones normativas habrán de mostrar, en primer lugar, un fin discernible y legítimo, tendrán que articularse, además, en términos no inconsistentes con tal finalidad y deberán, por último, no incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas” (FJ 6; también SSTC 155/1998, de 13 de julio, FJ 3; 180/2001, de 17 de septiembre, FJ 3).

La virtualidad del art. 14 CE no se agota, sin embargo, en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que a continuación el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación. “Esta referencia expresa a tales motivos o razones de discriminación no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación (STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 6), pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE (SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2; 145/1991, de 1 de julio, FJ 2). En este sentido el Tribunal Constitucional, bien con carácter general en relación con el listado de los motivos o razones de discriminación expresamente prohibidos por el art. 14 CE, bien en relación con alguno de ellos en particular, ha venido declarando la ilegitimidad constitucional de los tratamientos diferenciados respecto de los que operan como factores determinantes o no aparecen fundados más que en los concretos motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe” (STC 200/2001, FJ 4). No obstante, como destaca la Sentencia citada, “este Tribunal ha admitido también que los motivos de discriminación que dicho precepto constitucional prohíbe puedan ser utilizados excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica (en relación con el sexo, entre otras, SSTC 103/1983, de 22 de noviembre, FJ 6; 128/1987, de 26 de julio, FJ 7; 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 2; 126/1997, de 3 de julio, FJ 8 ... ), si bien en tales supuestos el canon de control, al enjuiciar la legitimidad de la diferencia y las exigencias de proporcionalidad

resulta mucho más estricto, así como más rigurosa la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación” (FJ 4).

6. Nuestro análisis relativo a la adecuación constitucional del art. 153.1 CP desde la perspectiva del art. 14 CE ha de comenzar recordando que la duda se refiere a la selección legislativa de una determinada conducta para su consideración como delictiva con una determinada pena, y que esta labor constituye una competencia exclusiva del legislador para la que “goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática” (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6; 161/1997, de 2 de octubre, FJ 9; AATC 233/2004, de 7 de junio, FJ 3; 332/2005, de 13 de septiembre FJ 4). Es al legislador al que compete “la configuración de los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo” (SSTC 55/1996, FJ 6; 161/1997, FJ 9; 136/1999, de 20 de julio, FJ 23).

El hecho de que el diseño en exclusiva de la política criminal corresponda al legislador (STC 129/1996, de 9 de julio, FJ 4) y que la determinación de las conductas que han de penarse y la diferenciación entre ellas a los efectos de asignarles la pena adecuada para su prevención sea el “el fruto de un complejo juicio de oportunidad que no supone una mera ejecución o aplicación de la Constitución”, demarca “los límites que en esta materia tiene la jurisdicción de este Tribunal ... Lejos ... de proceder a la evaluación de su conveniencia, de sus efectos, de su calidad o perfectibilidad, o de su relación con otras alternativas posibles, hemos de reparar únicamente, cuando así se nos demande, en su encuadramiento constitucional. De ahí que una hipotética solución desestimatoria ante una norma penal cuestionada no afirme nada más ni nada menos que su sujeción a la Constitución, sin implicar, por lo tanto, en absoluto, ningún otro tipo de valoración positiva en torno a la misma” (STC 161/1997, FJ 9). Así, nuestro análisis actual del art. 153.1 CP no puede serlo de su eficacia o de su bondad, ni alcanza a calibrar el grado de desvalor de su comportamiento típico o el de severidad de su sanción. Sólo nos compete enjuiciar si se han respetado los límites externos que el principio de igualdad impone desde la Constitución a la intervención legislativa.

7. A la luz de la doctrina antes reseñada en torno al doble contenido del art. 14 CE (principio general de igualdad y prohibición de discriminación) debemos precisar que el Auto de planteamiento invoca la jurisprudencia relativa a la igualdad como cláusula general contenida en el primer inciso del mismo. Como luego habrá ocasión de explicitar, es ésta la perspectiva adecuada de análisis el precepto, pues a la vista del tipo de conductas incriminadas en el art. 153.1 CP y de las razones de su tipificación por el legislador, sustentadas en su mayor desvalor en comparación con las conductas descritas en el art. 153.2 CP, no constituye el del sexo de los sujetos activo y pasivo un factor exclusivo o determinante de los tratamientos diferenciados, requisito, como se ha visto, de la interdicción de discriminación del art. 14 CE. La diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa, como a continuación se razonará, que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada.

El principio general de igualdad del art. 14 CE exige, según la doctrina jurisprudencial citada, que el tratamiento diferenciado de supuestos de hecho iguales tenga una justificación objetiva y razonable y no depare unas consecuencias desproporcionadas en las situaciones diferenciadas en atención a la finalidad perseguida por tal diferenciación. Descartada en este caso la falta de objetividad de la norma, pues indudable resulta su carácter general y abstracto, proceden ahora los análisis de razonabilidad de la diferenciación y de falta de desproporción de sus consecuencias (FJ

10), distinguiendo lógicamente en el primero entre la legitimidad del fin de la norma (FJ 8) y la adecuación a dicho fin de la diferenciación denunciada (FJ 9), tal como se apuntaba anteriormente con cita de la STC 222/1992, de 11 de diciembre.

8. La Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género tiene como finalidad principal prevenir las agresiones que en el ámbito de la pareja se producen como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer en tal contexto; su pretensión así es la de proteger a la mujer en un ámbito en el que el legislador aprecia que sus bienes básicos (vida, integridad física y salud) y su libertad y dignidad mismas están insuficientemente protegidos. Su objetivo es también combatir el origen de un abominable tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad y de hacerlo con distintas clases de medidas, entre ellas las penales.

La Exposición de Motivos y el artículo que sirve de pórtico a la Ley son claros al respecto. La Ley “tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia” (art. 1.1 LO 1/2004). Este objeto se justifica, por una parte, en la “especial incidencia” que tienen, “en la realidad española ... las agresiones sobre las mujeres” y en la peculiar gravedad de la violencia de género, “símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad”, dirigida “sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión”, y que tiene uno de sus ámbitos básicos en las relaciones de pareja (Exposición de Motivos I). Por otra parte, en cuanto que este tipo de violencia “constituye uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación proclamados en nuestra Constitución”, los poderes públicos “no pueden ser ajenos” a ella (Exposición de Motivos II).

Tanto en lo que se refiere a la protección de la vida, la integridad física, la salud, la libertad y la seguridad de las mujeres, que el legislador entiende como insuficientemente protegidos en el ámbito de las relaciones de pareja, como en lo relativo a la lucha contra la desigualdad de la mujer en dicho ámbito, que es una lacra que se imbrica con dicha lesividad, es palmaria la legitimidad constitucional de la finalidad de la ley, y en concreto del precepto penal ahora cuestionado, y la suficiencia al respecto de las razones aportadas por el legislador, que no merecen mayor insistencia. La igualdad sustancial es “elemento definidor de la noción de ciudadanía” (STC 12/2008, FJ 5) y contra ella atenta de modo intolerable cierta forma de violencia del varón hacia la mujer que es o fue su pareja: no hay forma más grave de minusvaloración que la que se manifiesta con el uso de la violencia con la finalidad de coartar al otro su más esencial autonomía en su ámbito más personal y de negar su igual e inalienable dignidad.

9. La razonabilidad de la diferenciación normativa cuestionada – la que se produce entre los arts. 153.1 y 153.2 CP – no sólo requiere justificar la legitimidad de su finalidad, sino también su adecuación a la misma. No sólo hace falta que la norma persiga una mayor protección de la mujer en un determinado ámbito relacional por el mayor desvalor y la mayor gravedad de los actos de agresión que, considerados en el primero de los preceptos citados, la puedan menospreciar en su dignidad, sino que es igualmente necesario que la citada norma penal se revele como funcional a tal fin frente a una alternativa no diferenciadora. Será necesario que resulte adecuada una diferenciación típica que incluya, entre otros factores, una distinta delimitación de los sujetos activos y pasivos del tipo: que sea adecuado a la legítima finalidad perseguida que el tipo de pena más grave restrinja el círculo de sujetos activos –en la interpretación de la Magistrada cuestionante, que, como ya se ha advertido, no es la única posible– y el círculo de sujetos pasivos.

A) La justificación de la segunda de estas diferenciaciones (de sujeto pasivo o de protección) está

vinculada a la de la primera (de sujeto activo o de sanción), pues, como a continuación se expondrá, el mayor desvalor de la conducta en el que se sustenta esta diferenciación parte, entre otros factores, no sólo de quién sea el sujeto activo, sino también de quién sea la víctima. Debe señalarse, no obstante, que esta última selección típica encuentra ya una primera razón justificativa en la mayor necesidad objetiva de protección de determinados bienes de las mujeres en relación con determinadas conductas delictivas. Tal necesidad la muestran las altísimas cifras en torno a la frecuencia de una grave criminalidad que tiene por víctima a la mujer y por agente a la persona que es o fue su pareja. Esta frecuencia constituye un primer aval de razonabilidad de la estrategia penal del legislador de tratar de compensar esta lesividad con la mayor prevención que pueda procurar una elevación de la pena.

La cuestión se torna más compleja en relación con la diferenciación relativa al sujeto activo, pues cabría pensar a priori que la restricción del círculo de sujetos activos en la protección de un bien, no sólo no resulta funcional para tal protección, sino que se revela incluso como contraproducente. Así, si la pretensión fuera sin más la de combatir el hecho de que la integridad física y psíquica de las mujeres resulte menoscabada en mucha mayor medida que la de los varones por agresiones penalmente tipificadas, o, de un modo más restringido, que lo fuera sólo en el ámbito de las relaciones de pareja, la reducción de los autores a los varones podría entenderse como no funcional para la finalidad de protección del bien jurídico señalado, pues mayor eficiencia cabría esperar de una norma que al expresar la autoría en términos neutros englobara y ampliara la autoría referida sólo a aquellos sujetos. Expresado en otros términos: si de lo que se trata es de proteger un determinado bien, podría considerarse que ninguna funcionalidad tiene restringir los ataques al mismo restringiendo los sujetos típicos.

Con independencia ahora de que la configuración de un sujeto activo común no deja de arrostrar el riesgo de una innecesaria expansión de la intervención punitiva – pues cabe pensar que la prevención de las conductas de los sujetos añadidos no necesitaba de una pena mayor –, con una especificación de los sujetos activos y pasivos como la del inciso cuestionado del art. 153.1 CP no se producirá la disfuncionalidad apuntada si cabe apreciar que estas agresiones tienen un mayor desvalor y que por ello ese mayor desvalor necesita ser contrarrestado con una mayor pena. Esto último, como se ha mencionado ya, es lo que subyace en la decisión normativa cuestionada en apreciación del legislador que no podemos calificar de irrazonable: que las agresiones del varón hacia la mujer que es o que fue su pareja afectiva tienen una gravedad mayor que cualesquiera otras en el mismo ámbito relacional porque corresponden a un arraigado tipo de violencia que es “manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”. En la opción legislativa ahora cuestionada, esta inserción de la conducta agresiva le dota de una violencia peculiar y es, correlativamente, peculiarmente lesiva para la víctima. Y esta gravedad mayor exige una mayor sanción que redunde en una mayor protección de las potenciales víctimas. El legislador toma así en cuenta una innegable realidad para criminalizar un tipo de violencia que se ejerce por los hombres sobre las mujeres en el ámbito de las relaciones de pareja y que, con los criterios axiológicos actuales, resulta intolerable.

No resulta reprochable el entendimiento legislativo referente a que una agresión supone un daño mayor en la víctima cuando el agresor actúa conforme a una pauta -cultural la desigualdad en el ámbito de la pareja- generadora de gravísimos daños a sus víctimas y dota así consciente y objetivamente a su comportamiento de un efecto añadido a los propios del uso de la violencia en otro contexto. Por ello, cabe considerar que esta inserción supone una mayor lesividad para la víctima: de un lado, para su seguridad, con la disminución de las expectativas futuras de indemnidad, con el temor a ser de nuevo agredida; de otro, para su libertad, para la libre conformación de su voluntad, porque la consolidación de la discriminación agresiva del varón hacia la mujer en el ámbito de la pareja añade un efecto intimidatorio a la conducta, que restringe las posibilidades de actuación libre de la víctima; y además para su dignidad, en cuanto negadora de su

igual condición de persona y en tanto que hace más perceptible ante la sociedad un menosprecio que la identifica con un grupo menospreciado. No resulta irrazonable entender, en suma, que en la agresión del varón hacia la mujer que es o fue su pareja se ve peculiarmente dañada la libertad de ésta; se ve intensificado su sometimiento a la voluntad del agresor y se ve peculiarmente dañada su dignidad, en cuanto persona agredida al amparo de una arraigada estructura desigualitaria que la considera como inferior, como ser con menores competencias, capacidades y derechos a los que cualquier persona merece.

B) Esta razonabilidad legislativa en la apreciación de este desvalor añadido no quiebra, como alega el Auto de cuestionamiento, porque tal desvalor no haya sido considerado en otros delitos más graves –maltrato habitual, delitos contra la libertad sexual, lesiones graves u homicidio–. De un lado, porque la comparación no desmiente la razonabilidad en sí de aquel juicio axiológico; de otro, porque tampoco objeta el precepto cuestionado desde la perspectiva del principio genérico de igualdad, al tratarse de delitos de un significativo mayor desvalor y de una pena significativamente mayor. Lo que la argumentación más bien sugiere es o un déficit de protección en los preceptos comparados –lo que supone una especie de desproporción inversa sin, en principio, relevancia constitucional– o una desigualdad por indiferenciación en dichos preceptos merecedora de similar juicio de irrelevancia.

Lo mismo sucede respecto a la objeción de que la agravación se haya restringido a las relaciones conyugales o análogas –sin inclusión, por ejemplo, de las paternofiliales–. Y más allá de que las relaciones comparadas –meramente sugeridas en el Auto de cuestionamiento– son relaciones carentes de las peculiaridades culturales, afectivas y vitales de las conyugales o análogas, debe subrayarse que cuando las mismas son entre convivientes cabe su encuadramiento en el art. 153.1 CP si se considera que se trata de agresiones a personas especialmente vulnerables.

C) Como el término “género” que titula la Ley y que se utiliza en su articulado pretende comunicar, no se trata una discriminación por razón de sexo. No es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino –una vez más importa resaltarlo– el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad. La sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima ni por razones vinculadas a su propia biología. Se trata de la sanción mayor de hechos más graves, que el legislador considera razonablemente que lo son por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad.

10. La legitimación constitucional de la norma desde la perspectiva del principio general de la igualdad (art. 14 CE) requiere, además de la razonabilidad de la diferenciación, afirmada en los dos fundamentos anteriores, que la misma no conduzca a consecuencias desproporcionadas que deparen que dicha razonable diferencia resulte inaceptable desde la perspectiva constitucional. Este análisis de ausencia de desproporción habrá de tomar en cuenta así tanto la razón de la diferencia como la cuantificación de la misma: habrá de constatar la diferencia de trato que resulta de la norma cuestionada y relacionarla con la finalidad que persigue. El baremo de esta relación de proporcionalidad ha de ser de “contenido mínimo”, en atención de nuevo a la exclusiva potestad legislativa en la definición de los delitos y en la asignación de penas, y en convergencia con el baremo propio de la proporcionalidad de las penas (STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 12). Sólo concurrirá una desproporción constitucionalmente reprochable ex principio de igualdad entre las consecuencias de los supuestos diferenciados cuando quepa apreciar entre ellos un "desequilibrio patente y excesivo o irrazonable ... a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa" (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 9; 161/1997, FJ 12; 136/1999, de 20 de julio, FJ 23).

Tampoco con la perspectiva de esta tercera exigencia de la igualdad merece reproche constitucional la norma cuestionada. Es significativamente limitada la diferenciación a la que procede la norma frente a la trascendencia de la finalidad de protección que pretende desplegarse con el tipo penal de pena más grave (art. 153.1 CP) y frente a la constatación de que ello se hace a través de un instrumento preventivo idóneo, cual es la pena privativa de libertad. Tal protección es protección de la libertad y de la integridad física, psíquica y moral de las mujeres respecto a un tipo de agresiones, de las de sus parejas o ex parejas masculinas, que tradicionalmente han sido a la vez causa y consecuencia de su posición de subordinación.

Desde el punto de vista de los supuestos diferenciados debe recordarse que el precepto más grave sólo selecciona las agresiones hacia quien es o ha sido pareja del agresor cuando el mismo es un varón y la agredida una mujer (art. 153.1 CP), en la interpretación del Auto de cuestionamiento, y que equipara a las mismas las agresiones a personas especialmente vulnerables que convivan con el autor. Como ya se ha apuntado, podrán quedar reducidos estos casos de diferenciación si se entiende que, respecto a estos últimos sujetos pasivos, el sujeto activo puede ser tanto un varón como una mujer, pues en tal caso el art. 153.1 CP podrá abarcar también otros casos de agresiones en el seno de la pareja o entre quienes lo fueron: las agresiones a persona especialmente vulnerable que conviva con el agresor o la agresora.

Desde el punto de vista punitivo la diferencia entre el art. 153.1 CP y el 153.2 CP se reduce a la de tres meses de privación de libertad en el límite inferior de la pena (un marco penal de seis meses a un año frente al de tres meses a un año), debiendo subrayarse, con la Fiscalía, en primer lugar, que esta pena diferenciada en su límite mínimo es alternativa a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, igual en ambos tipos, y, en segundo lugar, que el art. 153.4 CP incorpora como opción de adaptación judicial de la pena a las peculiaridades del caso el que la pena del art. 153.1 CP pueda rebajarse en un grado “en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho”, si bien es cierto que esta misma previsión es aplicable también al art. 153.2 CP, lo que permite en este caso imponer una pena inferior a la mínima alcanzable a partir del art. 153.1 CP.

De la variedad de recursos que pone el legislador en manos del juez penal merece la pena destacar, en suma, que, cuando la agresión entre cónyuges, ex cónyuges o relaciones análogas sea entre sujetos convivientes distintos a los del primer inciso del art. 153.1 CP –sujeto activo varón y sujeto pasivo mujer– y la víctima sea una persona especialmente vulnerable, dicha agresión será penada del mismo modo que la agresión del varón hacia quien es o fue su pareja femenina, que por las razones expuestas cabe entender como de mayor desvalor. Asimismo, el legislador permite calibrar “las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho” con la imposición de la pena inferior en grado (art. 153.4 CP), que, si es privativa de libertad, coincide con la propia del art. 153.2 CP.

11. En el marco de la argumentación del cuestionamiento de la norma ex art. 14 CE, se encuentran dos alegaciones que se expresan como de contrariedad de la misma al principio de culpabilidad penal. La primera se sustenta en la existencia de una presunción legislativa de que en las agresiones del hombre hacia quien es o ha sido su mujer o su pareja femenina afectiva concurre una intención discriminatoria, o un abuso de superioridad, o una situación de vulnerabilidad de la víctima. La segunda objeción relativa al principio de culpabilidad, de índole bien diferente, se pregunta si no se está atribuyendo al varón “una responsabilidad colectiva, como representante o heredero del grupo opresor”.

A) No puede acogerse la primera de las objeciones. El legislador no presume un mayor desvalor en la conducta descrita de los varones –los potenciales sujetos activos del delito en la interpretación del Auto de cuestionamiento– a través de la presunción de algún rasgo que aumente la antijuridicidad

de la conducta o la culpabilidad de su agente. Lo que hace el legislador, y lo justifica razonablemente, es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas en relación con la que tipifica el apartado siguiente. No se trata de una presunción normativa de lesividad, sino de la constatación razonable de tal lesividad a partir de las características de la conducta descrita y, entre ellas, la de su significado objetivo como reproducción de un arraigado modelo agresivo de conducta contra la mujer por parte del varón en el ámbito de la pareja.

Tampoco se trata de que una especial vulnerabilidad, entendida como una particular susceptibilidad de ser agredido o de padecer un daño, se presuma en las mujeres o de que se atribuya a las mismas por el hecho de serlo, en consideración que podría ser contraria a la idea de dignidad igual de las personas (art. 10.1 CE), como apunta el Auto de planteamiento. Se trata de que, como ya se ha dicho antes y de un modo no reprochable constitucionalmente, el legislador aprecia una gravedad o un reproche peculiar en ciertas agresiones concretas que se producen en el seno de la pareja o entre quienes lo fueron, al entender el legislador, como fundamento de su intervención penal, que las mismas se insertan en ciertos parámetros de desigualdad tan arraigados como generadores de graves consecuencias, con lo que que aumenta la inseguridad, la intimidación y el menosprecio que sufre la víctima.

B) Tampoco puede estimarse la segunda objeción. Ciertamente es que “la Constitución española consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal” [STC 150/1991, de 4 de julio, FJ 4 A); también SSTC 44/1987, de 9 de abril, FJ 2; 150/1989, de 25 de septiembre, FJ 3; 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2] como derivación de la dignidad de la persona [STC 150/1991, FJ 4 B)], y que ello comporta que la responsabilidad penal es personal, por los hechos y subjetiva: que sólo cabe imponer una pena al autor del delito por la comisión del mismo en el uso de su autonomía personal. La pena sólo puede “imponerse al sujeto responsable del ilícito penal” [STC 92/1997, de 8 de mayo, FJ 3; también, SSTC 146/1994, de 12 de mayo, FJ 4 B)]; “no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal «de autor» que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos” [STC 150/1991, FJ 4 A)]; y no cabe “la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta diligente” del sujeto sancionado, a si concurría “dolo, culpa o negligencia grave y culpa o negligencia leve o simple negligencia” [SSTC 76/1990, de 26 de abril, FJ 4 A); 164/2005, de 20 de junio, FJ 6], al “elemento subjetivo de la culpa” (STC 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2).

Que en los casos cuestionados que tipifica el art. 153.1 CP el legislador haya apreciado razonablemente un desvalor añadido, porque el autor inserta su conducta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas y porque dota así a su acción de una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa, no comporta que se esté sancionado al sujeto activo de la conducta por las agresiones cometidas por otros cónyuges varones, sino por el especial desvalor de su propia y personal conducta: por la consciente inserción de aquélla en una concreta estructura social a la que, además, él mismo, y solo él, coadyuva con su violenta acción.

12. Aun considerando que el sujeto activo del inciso cuestionado del art. 153.1 CP ha de ser un varón, la diferenciación normativa que impugna el Auto de cuestionamiento por comparación con el art. 153.2 CP queda reducida con la adición en aquel artículo de la “persona especialmente vulnerable que conviva con el autor” como posible sujeto pasivo del delito. La diferencia remanente no infringe el art. 14 CE, como ha quedado explicado con anterioridad, porque se trata de una diferenciación razonable, fruto de la amplia libertad de opción de que goza el legislador penal, que, por la limitación y flexibilidad de sus previsiones punitivas, no conduce a consecuencias desproporcionadas. Se trata de una diferenciación razonable porque persigue incrementar la protección de la integridad física, psíquica y moral de las mujeres en un ámbito, el de la pareja, en el que están insuficientemente protegidos, y porque persigue esta legítima finalidad de un modo

adecuado a partir de la, a su vez, razonable constatación de una mayor gravedad de las conductas diferenciadas, que toma en cuenta su significado social objetivo y su lesividad peculiar para la seguridad, la libertad y la dignidad de las mujeres. Como esta gravedad no se presume, como la punición se produce precisamente por la consciente realización del más grave comportamiento tipificado, no podemos apreciar vulneración alguna del principio constitucional de culpabilidad.

Por estas razones debemos desestimar la cuestión de inconstitucionalidad planteada.

## **FALLO**

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

Ha decidido

Desestimar la presente cuestión de inconstitucionalidad.

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

Dada en Madrid, a catorce de mayo de 2008.