

LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA DIFERENCIA PUNITIVA POR RAZÓN DEL SEXO EN EL MALTRATO OCASIONAL

Chano Regaña Lorena

RESUMEN

El presente artículo analiza si la pertenencia a uno u otro sexo puede ser un factor determinante para justificar la diferencia punitiva del maltrato ocasional regulado en el art. 153.1 del Código Penal en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Para ello se analizará la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la legitimidad constitucional de este precepto, como modelo aplicativo del tratamiento legislativo diferente por razón de sexo.

PALABRAS CLAVE: igualdad, diferencia, sexo, pena, jurisprudencia.

ABSTRACT

This article examines whether the membership of one or other sex may be a determining factor to justify punitive difference of occasional maltreatment regulated in the article 153.1 of the Criminal Code in the wording of the Organic Law 1/2004 of 28 December about Integral Protection Measures against Gender Violence. For it Constitutional Court case law about the constitutional legitimacy of this precept will be analyze, as application model of the different legislative treatment on grounds of sex.

KEYWORDS: equality, difference, sex, punishment, case law.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: LA IGUALDAD Y EL TRATAMIENTO JURÍDICO DIFERENTE

Definir qué deba entenderse por "igualdad" en la sociedad actual no es una cuestión pacífica. El término entraña una complejidad y una equivocidad mayores de lo que a simple vista pueda parecer. Independientemente de la íntima concepción que cada persona tenga sobre la significación de la igualdad, lo cierto es que tendemos a equiparar la igualdad con la noción de justicia, considerando que lo justo es lo igual, y lo injusto lo desigual (concepción de justicia equitativa, Aristóteles, 1983). No obstante, lo desigual no tiene por qué ser necesariamente injusto. De hecho, la actual concepción jurídica de la igualdad formal implica tratar igual a los y las iguales y desigual a los y las desiguales.

En esta línea, el reconocimiento constitucional del derecho a la igualdad conlleva la vinculación del legislador al principio de igualdad en el contenido de la ley y la posibilidad de un control por parte de la justicia constitucional. En otras palabras, la igualdad en el contenido de la ley admite la diferenciación en el tratamiento jurídico y proscribela discriminación (Criado de Diego, 2011). La estructura de la igualdad que ofrece el artículo 14 de la Constitución (CE) es de carácter bimembre (Martínez Tapia, 2000, 41-43): de una lado hace una proclamación genérica de la igualdad ("*Los españoles son iguales ante la ley*") y; de otro, establece una prohibición de discriminación mediante una cláusula abierta, pero enfatizando sobre ciertas categorías de diferenciación susceptibles de producir discriminación (nacimiento, raza, sexo, religión y opinión). La nota característica de la discriminación frente a la desigualdad viene dada por la pertenencia

· Universidad de Extremadura, lorenachano@unex.es

de la persona a un colectivo, que por determinadas circunstancias (históricas, sociales, económicas, religiosas, culturales, idiomáticas, raciales, sexuales...) ha sido tradicionalmente minusvalorado y discriminado (Fiss, 1976). La discriminación atenta contra la propia dignidad humana.

La igualdad en esta actual concepción se centra en el contenido del derecho fundamental y hace referencia a la igualdad de tratamiento jurídico de las personas y de los grupos en que se integra, admitiendo la posibilidad de un trato diferente siempre que haya razones objetivas y justificadas que motiven tal distinción. Se trata de hacer un juicio de relevancia que permita poner de relieve si la persona y el grupo en que se integra, presenta características “diferentes” y lo suficientemente “relevantes” como para admitir un trato diferenciado, no arbitrario, sino objetivamente razonable o si, por el contrario, proceder a una abstracción de las diferencias por ser éstas irrelevantes y aplicar un mismo tratamiento (Laporta, 1985). La admisión del trato jurídico diferenciado tiene su origen en una temprana jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 223/1980).

Lo fundamental es dilucidar cuándo una persona o un determinado grupo de personas presentan características propias que admitan ese trato desigual. El Tribunal Constitucional (TC) elabora criterios de diferenciación de trato basados en la razonabilidad. Es decir, establece mecanismos jurídicos que permiten realizar un análisis sobre la motivación de la diferenciación del trato en la ley. Las técnicas utilizadas son los parámetros de racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad. La razonabilidad de la justificación se descompone en las siguientes premisas: en primer lugar, la finalidad constitucionalmente admisible perseguida por la norma; y, en segundo lugar, la congruencia entre la finalidad, la diferencia de la situación de hecho y las consecuencias jurídicas que se le imputan. Este juicio de razonabilidad en la aplicación del principio de igualdad aparece dogmatizado en la STC 76/1990, Fundamento Jurídico (FJ) 9, a).

Este trabajo analiza el factor “género” como ejemplo aplicativo del enjuiciamiento de razonabilidad del TC en relación con las penas impuestas para el maltrato ocasional por la Ley 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Se plantea el siguiente interrogante: ¿Es el género un factor justificado y razonable para tratar diferenciadamente a hombres y mujeres? Más concretamente, ¿la pertenencia a uno u otro sexo justifica que las leyes y los órganos aplicadores del derecho impongan penas más gravosas a los hombres que a las mujeres por la misma conducta punible?

Para responder a este interrogante se seguirá una metodología jurídica y se tomarán como objeto de estudio las resoluciones emanadas del Tribunal Constitucional, en especial la STC 59/2008, sin perjuicio de las fuentes doctrinales y legales sobre la materia.

2. LA POSTURA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La respuesta del TC es fluctuante y no está exenta de polémica. La discriminación por razón de sexo es la categoría sospechosa de discriminación que más jurisprudencia constitucional ha generado. El examen del TC respecto al trato jurídico diferenciado por razón de sexo ha sido especialmente estricto (STC 39/2002 FJ 5), estando sometido a una especial presunción de ilegitimidad (STC 19/1989 FJ 4 y Giménez Glück, 2004, 121-303). Tanto es así que sólo en una ocasión se ha admitido la diferenciación jurídica en razón al sexo (STC 126/1997 respecto a los títulos nobiliarios).

Se aprecian dos etapas en la jurisprudencia constitucional: una primera, en la que la Corte rechaza cualquier trato jurídico diferente basado en el sexo, bien fuese favorable o perjudicial a

la mujer (SSTC 81/1982; 98/1983; 103/1983; 42/1984; 38/1986). Y, una segunda, en la que se introduce la constitucionalidad de las “acciones positivas” en favor de la mujer. Esta fase se inaugura con la STC 128/1987, originando un cambio jurisprudencial notable en las resoluciones posteriores, que reproducen en mayor o menor medida los argumentos de esta resolución (207/1987; 68/1991; 28/1992; 3/1993; 317/1994).

2.1. EL MÍNIMO PENAL EN EL MALTRATO OCASIONAL: DIFERENCIAS PUNITIVAS ENTRE LOS AUTORES Y LAS AUTORAS DEL TIPO DELICTIVO

El Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse por primera vez sobre la diferencia de las penas impuestas al autor y a la autora del maltrato ocasional en la Sentencia 59/2008 de 14 de mayo, al hilo de una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Penal número 4 de Murcia en relación con el artículo 153.1 del Código Penal en su redacción dada por la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Antes de entrar en el examen de la doctrina del Tribunal Constitucional hay que precisar que el art. 153. 1 del Código Penal ha sido objeto de una reforma posterior por la Ley 1/2015 de 30 de marzo, pero que esta reforma en nada afecta al objeto de este trabajo por cuanto que no modifica las penas que contempla el precepto.

El órgano promotor de la cuestión de inconstitucionalidad sostiene que el artículo 153.1 del Código Penal adolece de inconstitucionalidad por vulnerar los artículos 10, 14 y 24.2 de la Constitución. Su fundamentación parte de la infracción del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución, al establecer una discriminación por razón de sexo basada en la interpretación del artículo 153.1 del Código Penal en su comparación con el apartado 2º del mismo precepto. De la lectura conjunta de los dos apartados del artículo, la Magistrada proponente infiere un tratamiento penal diferenciado dependiendo de si la autoría activa la ostenta un hombre o una mujer, lo que se traduce en una pena distinta en su límite inferior en función del sexo de la persona autora, que, a su juicio, carece de una justificación objetiva y razonable y que no supera el juicio de proporcionalidad entre la medida diferenciadora, el resultado que esta diferenciación produce y la finalidad perseguida por la norma.

Antes de adentrarse en el examen pormenorizado del precepto, realiza una breve exégesis sobre la doctrina del Tribunal Constitucional en el derecho a la igualdad, citando reiterada jurisprudencia, en la que apoyar el posterior análisis de proporcionalidad de la medida. Sirva de ejemplo de toda esta jurisprudencia la STC 76/1990, de 26 de abril, FJ 4 a): “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.” En la misma línea: SSTC 28/1992 de 9 de marzo; 229/1992 de 14 de diciembre; y, 181/2000 de 29 de junio.

Su primer paso es constatar la existencia de un trato diferenciado (Larrauri Pijoan, 2009). El artículo 153 del Código Penal regula el maltrato ocasional estableciendo en su apartado primero una pena de prisión de “seis meses a un año 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”; y, una pena de “tres meses a un año” cuando la víctima sea alguna de las personas que menciona el artículo 173.2 del Código (círculo familiar y de convivencia), “exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior”. De la literalidad del precepto, el órgano promotor de la cuestión deduce que el maltrato ocasional, en el ámbito de las relaciones conyugales o afectivas equiparables, en los supuestos en que el sujeto activo sea hombre y la sujeto pasivo mujer, están castigados con un mínimo penal (*seis meses*), mayor que si la autora fuese una mujer y el ofendido un hombre (*tres meses*). Por tanto, estamos ante una agravación sustentada en dos presupuestos: el sexo y la existencia de una relación conyugal o análoga presente o pasada.

El juicio de relevancia constitucional acogería en los mismos términos a la pena potestativa de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento; a la aplicación de determinadas agravaciones respecto al régimen de suspensión y sustitución de la pena privativa de libertad (artículos 83.1.6º, 84.3 y 88.1 del Código Penal) y a la rebaja en un grado que prevé el artículo 153.4 del mismo texto legal. No obstante, la constitucionalidad de tales supuestos no son cuestionados, por cuanto que no son norma aplicable al caso de cuya validez dependa el fallo (artículo 163 de la Constitución), como sí lo es el artículo 153.1 del Código Penal; en concreto, su primer inciso, pues la proponente especifica que la duda no se plantea sobre la agravación referida a la “condición de persona especialmente vulnerable”, ya que en el caso de otorgar tal consideración al marido, se aplicaría el mínimo penal establecido en el artículo 153.1 del Código Penal a la esposa (autora) y no habría trato diferente discriminatorio en la consideración de especial vulnerabilidad de la víctima.

Se matiza que, aunque la pena privativa de libertad tiene el mismo máximo y es alternativa de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad (igual en ambos tipos), y aun cuando sea susceptible de rebaja en un grado (artículo 153.4 del Código Penal), el mínimo de dicha medida sigue siendo diferente para hombres y mujeres, con lo cual las posibilidades de adaptación de la pena al caso conforme al prudente arbitrio del órgano jurisdiccional no excluyen la relevancia del juicio de constitucionalidad del precepto.

Descarta que la justificación de la diferencia pueda incardinarse en la doctrina de la “acción positiva” o “derecho desigual desigualatorio”, ya que tales acciones están vedadas en órdenes como el penal porque no se producen los presupuestos que la justificarían: “desequilibrio previo” y “escasez de bienes para la mujer”, propios del ámbito administrativo o laboral donde sí encuentran justificación las cuotas positivas de discriminación femenina.

De igual modo, rechaza (por ir en contra del principio de culpabilidad) que la diferencia esté fundada en responsabilizar al “hombre” por ser miembro de un grupo tradicionalmente “opresor”, pues esto sería una manifestación del “derecho penal de *autor*” que iría contra el principio de culpabilidad y que repugna a la doctrina del Tribunal Constitucional.

A continuación la cuestionante centra su argumentación en el juicio de proporcionalidad de la medida adoptada, el resultado que la misma produce y la finalidad pretendida por el poder legislador. Para ello, analiza conjuntamente los tres presupuestos del test de proporcionalidad

junto con la finalidad del precepto poniéndolo en conexión con hipótesis justificativas del trato desigual.

Considera que la finalidad perseguida por la norma no puede ampararse en razones de prevención al seleccionarse el sexo de la persona para imponer una sanción específica más grave, lo que, a su juicio, no puede encontrar fundamento en datos estadísticos porque ello sólo sería legítimo si “el número de delincuentes varones fuese abrumadoramente superior al de las mujeres en otros tipos delictivos”. La prevención también queda descartada desde el momento en que la agravación cuestionada se recoge sólo en sede de maltrato ocasional (artículo 153 Código Penal) y no habitual (artículo 173 Código Penal), como sería lo lógico. No es, por tanto, objetivamente razonable que la misma diferenciación no esté prevista en otros tipos delictivos más graves por atender en mayor medida contra la libertad, la integridad física, psíquica y moral. Tampoco encuentra fundamento la finalidad de la norma en la existencia de algún tipo de “móvil discriminatorio” (en el contexto del artículo 1 de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género de 28 de diciembre de 2004), ya que ello –sostiene la proponente- iría en contra del principio de seguridad jurídica y de legalidad al no estar específicamente previsto en la norma; además, supondría una presunción de un ánimo en el sujeto-varón que no ha sido probado y que no tiene porqué darse siempre en los varones y excluirse en las mujeres (lo que casaría perfectamente con la doctrina del “derecho penal de autor” y de autora, que vulneraría el principio de culpabilidad por el hecho) ni sólo en las relaciones de afectividad conyugal o análoga. Al hilo de todas estas consideraciones razona que la agravación prevista en la norma cuestionada no es idónea a la finalidad de la Ley Orgánica 1/2004 y que la diferenciación por razón de sexo que la misma hace no supera los parámetros de racionalidad que el Tribunal Constitucional viene exigiendo, ni el juicio de proporcionalidad en sentido estricto al no aparecer justificada la desigualdad por razón de sexo.

Constatada la existencia de la diferencia y enjuiciada la falta de razonabilidad de la medida, el órgano promotor de la cuestión no se queda ahí, sino que, además, realiza una exégesis interpretativa sobre la posible acomodación al bloque de constitucionalidad que puede tener el precepto cuya inconstitucionalidad promueve. Lo hace, dice, no con el ánimo de consultar la constitucionalidad del artículo 153.1 del Código Penal, sino para que en el caso de inadmisibilidad de la cuestión, sea tenida en cuenta la única interpretación de la norma que no vulneraría manifiestamente el texto constitucional. Esto es, admitir la existencia de un ánimo discriminatorio probado; sin embargo, también aquí discrepa la cuestionante, por entender que la agravación sería innecesaria al poder enmarcarse en el ámbito de la agravante genérica del artículo 22.4 del Código Penal.

La vulneración del artículo 24.2 de la Constitución se fundamenta en base al abuso de superioridad que se presume en el varón en la comisión del tipo delictivo cuestionado por el mero hecho de ser hombre, lo que atentaría contra su derecho a la presunción de inocencia; y, a su vez, lesionaría la dignidad de la mujer (artículo 10 del texto constitucional) al presumirse en sentido inverso una especial debilidad de la víctima por el simple hecho de ser mujer.

Por su parte, el Fiscal General del Estado interesa la inadmisión de la cuestión. Las razones que aduce respecto al fondo del asunto se basan en la ausencia de neutralidad en las relaciones conyugales y de análoga afectividad entre hombres y mujeres y en el hecho, constatable estadísticamente, de que en este tipo de relaciones las mujeres son víctimas en una proporción considerablemente superior a los hombres. Sostiene que el tipo de conductas que agrava el artículo 153.1 del Código Penal encierran una mayor antijuridicidad al ser expresión de la configuración tradicional y socio-cultural que supone el sometimiento del hombre sobre la mujer.

Según el Fiscal General del Estado en este ámbito se justifica de manera objetiva, lógica y razonable el tratamiento desigual, en aras de una mayor protección a un sector vulnerable, aunque el hecho de que nos encontremos ante sanciones punitivas exige una justificación “reforzada” de la desigualdad.

La proporcionalidad de la medida agravatoria se explica por el “tipo de relaciones” a que se refiere, por “el sexo de los y las que las mantienen” y por “los ataques a bienes y derechos de innegable trascendencia constitucional”; así como también, por el marco de penas alternativas que el propio precepto enjuiciado recoge, y, que salvaría los supuestos específicos que se pudieran dar en la práctica.

El Abogado del Estado interesa la desestimación: sostiene que la interpretación del órgano promotor de la cuestión se circunscribe más al caso concreto que se le plantea que a una duda sobre la constitucionalidad del precepto; y que dicha interpretación es errónea por partir de la ruptura del tipo penal contenido en el artículo 153.1 del Código Penal. Si se hace una lectura completa del precepto sin extrapolar el último inciso (“cuando la víctima sea persona especialmente vulnerable”), se observa que se acoge también la agravación para el supuesto de que se inviertan los papeles entre víctima y sujeto activo, si aquella (varón) es especialmente vulnerable. La mención expresa que hace el primer inciso del precepto cuestionado sobre la víctima-mujer se fundamenta en la mayor protección que se ha querido dar a un colectivo tradicional y cotidianamente más golpeado por este tipo de conductas. Añade que el auto por el que se interpone la cuestión de inconstitucionalidad no argumenta suficientemente la lesión de los artículos 24.2 y 10 de la Constitución.

2.2. EL EXAMEN DE LA RAZONABILIDAD DE LA DIFERENCIA

En lo que se refiere al juicio de relevancia sobre la diferencia, el Tribunal Constitucional tiene a bien hacer dos consideraciones: la primera referente a la posibilidad de inclusión en la autoría del artículo 153.1 del Código Penal a una sujeto diferente del varón; y, la segunda, referente al último inciso del mismo (“persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”) que acoge la posibilidad de aplicar la misma pena mínima que prevé el primer inciso de la norma invirtiendo la autoría de los sujetos siempre que la víctima-varón sea “persona especialmente vulnerable”. Entiende así el Tribunal Constitucional que existen posibles interpretaciones razonables que se podrían acomodar al texto constitucional siempre que de sus siguientes consideraciones se desprenda la inconstitucionalidad de la literalidad del precepto. Llama la atención que ya antes de resolver la duda de constitucionalidad esté buscando una acomodación del precepto, que considero debería ir al final de su argumentación y especificando la naturaleza interpretativa de su resolución, pero es ésta una cuestión sobre la que insistiré más tarde.

Después de referenciar su propia doctrina en materia de igualdad y de diferenciación normativa y de citar expresamente las exigencias de sus límites, aborda el análisis de proporcionalidad del artículo 153.1 del Código Penal en cuanto a lesivo del artículo 14 de la Constitución Española.

En aplicación de este principio de proporcionalidad el Alto Tribunal (FJ 8) establece como *prius* lógico la legitimidad de la finalidad perseguida por la norma que sustenta en la propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2004, esto es, la lucha contra la violencia de género como manifestación de la discriminación que se produce en el seno de las relaciones conyugales o análogas. Sin embargo, es necesario precisar que la finalidad que imprime el poder legislativo a la reforma que hace del artículo 153.1 del Código Penal al promulgar la Ley Orgánica 1/2004 no ha de incardinarse sólo en la lucha contra la violencia de género, sino que es la norma prevista

para punir el maltrato ocasional en el círculo de convivencia o familiar, que no siempre lleva pareja la discriminación por razón de sexo. Me refiero a la finalidad del artículo 153.1 CP en su conjunto sin fragmentar la estructura del tipo penal.

En mi opinión, desde el momento en que el Tribunal acepta y precisa la relevancia constitucional de la cuestión que se le plantea (FJ 3) la determinación de la finalidad constitucional de la norma no es necesaria, si bien entiendo que lo hace al hilo del *iter* marcado por el juicio de proporcionalidad (sobre este procedimiento, Bernal Pulido, 2005), y que la redundancia en los argumentos de la legitimidad constitucional no están de más en las resoluciones del sumo intérprete de la Constitución.

El siguiente paso del Tribunal Constitucional es determinar la adecuación o idoneidad de la agravación de la conducta cometida por el varón y no por la mujer. Dice expresamente que “es igualmente necesario que la citada norma penal se revele como funcional a tal fin frente a una alternativa no diferenciadora” (de ello se ocupa el FJ 9). Justifica tal funcionalidad en el “mayor desvalor” de la conducta y, consecuentemente, en la “mayor pena” que requiere un “mayor desvalor”. Para explicar la existencia del “mayor desvalor” aduce argumentos socio-culturales y tradicionales que objetivamente se han traducido en la realidad cotidiana en un sometimiento de la mujer al marido, reflejo de una estructura de dominación patriarcal históricamente considerada. A esto añade datos estadísticos que demuestran el mayor índice de criminalidad del hombre en violencia doméstica y familiar. Por tanto, entiende razonable la diferenciación en el trato penal, porque, a su juicio, se demuestra la mayor lesividad de la conducta que, a su vez, justifica un incremento de la pena. Desde esta perspectiva precisa que la justificación objetiva y razonable no desaparece por no referenciar el “mayor desvalor” en otros tipos más graves como el maltrato habitual, delitos contra la libertad sexual, homicidio o lesiones, pues estos llevan ya implícitos un desvalor significativo añadido.

Al hilo de la idoneidad de la medida, considera que no se produce lesión en el principio de igualdad del artículo 14 porque la diferencia no supone una discriminación, sino la toma en consideración de una situación de desigualdad patente históricamente: “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”.

Rechaza el argumento de la cuestionante, por no afectar a la razonabilidad de la medida ni al principio de igualdad, la no inclusión de otro tipo de relaciones familiares o de convivencia que se pueden incardinar en el ámbito de “personas especialmente vulnerables”.

De esta justificación que hace el Tribunal basada en la teoría del “mayor desvalor” se apartan los votos particulares de los Magistrados don Vicente Conde Martín de Hijas y don Ramón Rodríguez Arribas, quienes consideran innecesario e irrazonable un trato sancionador diferente por razón de sexo. Ambos sostienen, con similar argumentación, que no se puede aceptar la existencia de un mayor desvalor implícito en el tipo penal que no aparece probado ni justificado de manera incuestionable. La agravación de la pena no puede estar justificada en una categoría jurídica indeterminada y no probada como es el dotar de una mayor antijuridicidad una conducta al margen de lo explícitamente recogido por el poder legislativo. Esto supondría una lesión del principio de legalidad penal recogido en el artículo 25.1 de la Constitución. La interpretación finalista y extensiva que ofrece el Tribunal Constitucional respecto del mayor desvalor de la conducta incide directamente en el ámbito de la legislación en un orden como el penal, en el que

deben primar sobre todo las garantías y en el que la taxatividad legal es primordial al entrar en juego la limitación de derechos tan fundamentales como el de libertad personal.

Respecto al segundo requisito del test de proporcionalidad: la necesidad de la agravación por inexistencia de otras medidas menos gravosas para la consecución del mismo fin (en este caso protección de la integridad física o psíquica de la mujer por la conducta lesiva del hombre en relaciones conyugales o análogas) es obviado por el Tribunal Constitucional. No me sorprende que así sea, ya que las partes no aducen medidas alternativas: siendo así porque la única medida alternativa menos gravosa del principio de igualdad sería imponer el mismo mínimo penal a la conducta del artículo 153.1 que a la del artículo 153.2 del Código Penal. El debate deviene entonces innecesario. No obstante, y, siguiendo el razonamiento del Tribunal se podría entender superado el presupuesto de necesidad en base a la funcionalidad de la medida, esto es, en su idoneidad acorde con los fines previstos por el poder legislador (mayor desvalor de la acción agravada como justificación del trato penal diferente a hombres y mujeres por una misma conducta lesiva).

El tercer presupuesto del test de proporcionalidad, que el Tribunal Constitucional afronta en el FJ 10, es el análisis de la proporcionalidad en sentido estricto. Se trata de dilucidar si la agravación del mínimo penal en el maltrato ocasional del hombre sobre la mujer en el seno de una relación conyugal o análoga pasada o presente es una medida equilibrada, en el sentido de que la posible lesión al principio de igualdad produzca más ventajas que perjuicios. Para ello el Alto Tribunal, dado la dificultad de probar tal equilibrio, ha tenido una doctrina fluctuante, siguiendo diversos criterios en sus planteamientos para justificar la proporción o desproporción. En este caso resulta interesante la línea seguida por la STC 161/1997 de 2 de octubre relativa al delito de negativa a someterse al test de alcoholemia, en la que se postula una ponderación entre el desvalor de la conducta y la cuantía de la sanción. (FJ 12)

El Tribunal Constitucional entiende que la medida es proporcionada porque la limitación del derecho a la igualdad es mínima frente a la legitimidad de la finalidad perseguida por el poder legislativo al dictar la norma, esto es, castigar un mayor desvalor con una mayor pena. Supera el juicio de proporcionalidad en sentido estricto porque se considera que la protección de las mujeres víctimas de violencia de género es un bien que debe ser protegido y sus lesiones prevenidas, y que, en base a dichos criterios de protección y prevención, la vulneración del principio de igualdad mediante la diferenciación del sexo al imponer la mínima pena privativa de libertad por la misma conducta queda justificada objetiva y razonablemente. No es más que la expresión de la libertad del poder legislativo a la hora de regular los tipos y las penas. Añade además, que a efectos prácticos, la sanción definitiva en el supuesto del artículo 153.1 del Código Penal, no es tan diferente de la que resultaría de su apartado 2º, pues el poder legislativo ha establecido un marco punitivo de penas alternativas a la privativa de libertad (trabajos en beneficio de la comunidad), a lo que se suma la posibilidad de rebaja prevista en el artículo 153.4 del Código Penal y la cláusula final “persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”, con lo que finalmente se dota al órgano juzgador de un amplio margen a la hora de adaptar las penas al caso concreto. El razonamiento del Constitucional se apoya en la existencia del “mayor desvalor de la conducta” como categoría apriorística en la que fundamenta todo el test de proporcionalidad. De hecho, alude reiteradamente a este presupuesto y justifica la mayoría de sus observaciones en dicha consideración. Si se niega la mayor antijuridicidad del tipo se desmonta toda la argumentación del Alto Tribunal.

Finalmente el Tribunal rechaza el planteamiento del órgano promotor respecto a la lesión del principio de culpabilidad (artículo 24.2 de la Constitución). Sostiene que el poder legislativo no

está castigando al “autor” del delito por pertenecer a un grupo sino por el “especial desvalor de su propia y personal conducta”; asimismo, la agravación no se basa en la presunción de un ánimo discriminatorio en el hombre que realiza la conducta del artículo 153.1 del Código Penal, sino en el hecho incuestionable del mayor desvalor de la acción, justificado en datos estadísticos y fórmulas tradicionales de sumisión de la mujer al hombre en las relaciones conyugales: lo que también desacreditaría el argumento de la cuestionante respecto a la consideración de especial vulnerabilidad de la mujer. No hay infracción de la dignidad de la mujer (artículo 10 de la Constitución) porque lo que se toma en consideración es la especial gravedad de la acción del hombre, no la estimación de la mujer como ser “vulnerable” o “inferior”.

En contra de esta postura se erige el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, quien en su voto particular entiende vulnerada la presunción de inocencia (artículo 24.2 de la Constitución) al presumir sin prueba un ánimo sexista en todo maltrato ocasional realizado por varón a su cónyuge o a la mujer con la que esté manteniendo una análoga relación de afectividad; y, vulnerada también la dignidad de la mujer (artículo 10.1 de la Constitución) al presumir en ella una debilidad *de facto*. Sostiene que no se debe presumir la existencia de ánimo discriminatorio o sexista en toda conducta lesiva del hombre a la mujer incardinada en el marco del artículo 153.1 del Código Penal, pues no siempre serán estos los móviles de la parte agresora, a pesar de que resulte así frecuentemente; de igual modo, que la mujer no será siempre la parte débil de la relación, pues, además del sexo, se deben tener en consideración otros factores de gran incidencia como los sociales, culturales y económicos. Concluye que la toma en consideración de estas presunciones indiscriminadamente puede llevar a resultados nefastos y a una diferenciación penal irrazonable y lesiva del artículo 14 de la Constitución.

Es necesario hacer una última consideración al hecho de que el fallo de la sentencia se limita a desestimar la cuestión sin hacer referencia alguna a la interpretación que recoge en sus fundamentos jurídicos. Si bien es cierto que se hace una llamada de atención sobre este punto en los cuatro votos particulares que disienten de la sentencia, destaca la postura manifestada en su voto particular por el Magistrado don Javier Delgado Barrio. De la argumentación jurídica de la misma deviene que la interpretación literal de la norma es inconstitucional, y que la constitucionalidad del precepto derivaría de la acomodación al texto constitucional que hace el Tribunal; siendo esto de tal forma, la interpretación debería estar recogida en el fallo de la sentencia, pero no es así. De modo que estamos ante una sentencia típicamente interpretativa que no recoge la interpretación acorde a la Constitución en su fallo, lo que atenta contra la seguridad jurídica. También hacen mención los cuatro votos particulares a la lesión del artículo 25.1 del Código Penal, principio de legalidad, que se produciría al introducir el desvalor como elemento del tipo penal no previsto por el legislador.

Por lo demás, y en lo que a los votos particulares se refiere, discrepan en mayor o menor medida con el parecer de la sentencia, en los términos esenciales a los que ya me he referido; sólo el del Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas hace referencia expresa al test de proporcionalidad: “(...) no considero que la diferencia de trato entre hombres y mujeres pueda superar el primer elemento de razonabilidad, en contra de lo que al respecto razona la sentencia”, mostrando su acuerdo absoluto con las alegaciones del órgano proponente. El Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez sostiene la constitucionalidad de la medida porque a su juicio no vulnera el principio de igualdad “un tratamiento diferenciado y agravado de la violencia de género”, pero, en cambio, sostiene que la interpretación que ofrece el Alto Tribunal vulnera los artículos 24.2 y 10 de la Constitución.

Finalmente, una consideración en conjunto de la sentencia analizada conlleva poner de manifiesto su importancia en cuanto a que es una resolución polémica, objeto de debate doctrinal, porque discurre sobre la constitucionalidad de la disparidad de trato punitivo introducido por la Ley 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, debate que se origina aquí en base al artículo 153.1 del Código Penal, pero que se podría suscitar también de otros preceptos del mismo cuerpo legal modificados por tal norma, como son los artículos 153.3 y 4 y 171.4 (SSTC 76/2008; 81/2008; 97/2008; 100/2008; 45/2009; 127/2009; 41/2010; y, 45/2010, donde la argumentación jurídica se remite en gran medida a la STC 59/2008). Un análisis interesante sobre las penas ejecutadas es el que efectúan Elena Larrauri Pijoan y Lorena Antón García (2009).

3. CONCLUSIONES

Del análisis de la jurisprudencia constitucional, la primera conclusión que se extrae es la falta de contundencia en las consideraciones del TC, quien fluctúa en su fundamentación jurídica, sin tener muy claro cuando aplicar su canon reforzado de control de derechos o cuando excepcionar mediante la aplicación de acciones positivas la discriminación. La segunda, es que el TC es receloso en estos supuestos, manteniéndose alerta en su examen, por ello efectúa un análisis de constitucionalidad reforzado. Y, la tercera y final: el sexo, según los elementos distintivos en consideración, puede implicar una justificación razonable del trato diferente y, consecuentemente, conllevar medidas legislativas distintas.

En el caso que nos ocupa, la postura del Tribunal Constitucional es favorable al tratamiento jurídico diferenciado. El razonamiento se apoya en la existencia del “mayor desvalor de la conducta” como categoría apriorística en la que fundamenta todo su juicio de razonabilidad. De hecho, alude reiteradamente a este presupuesto y justifica la mayoría de sus observaciones en dicha consideración. Si se niega la mayor antijuridicidad del tipo se desmonta toda la argumentación del Alto Tribunal. La mayor antijuridicidad del tipo penal y el “mayor desvalor” de la conducta se avalan por los datos estadísticos de mujeres víctimas de maltrato y por ser un colectivo tradicionalmente preterido, que sufre de una grave desigualdad. Es un deber de todos los poderes públicos activar los mecanismos de promoción de la igualdad para erradicar las situaciones de desigualdad. Por ello, lo que importa al Tribunal Constitucional no es la consideración de los efectos punitivos del delito según el sexo de las personas implicadas, sino “el carácter especialmente lesivo (...) a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad”.

En resumen, concluimos que el género puede ser un factor justificado y razonable para tratar diferenciadamente a hombres y mujeres y que la pertenencia a uno u otro sexo puede justificar una diferencia en las penas impuestas por un mismo hecho cuando entran en juego consideraciones tales como el ámbito relacional en el que se dan las conductas y la violencia estructural que sufre el sexo femenino en este ámbito.

BIBLIOGRAFÍA

Antón García, Lorena y Larrauri Pijoan, Elena (2009): “Violencia de género ocasional: Un análisis de las penas ejecutadas”, *Revista española de investigación criminológica*, artículo 2, núm. 9, pp. 1-26. Disponible en: <http://www.criminologia.net/pdf/reic/ano7-2009/a72009art2.pdf> Consultado: 18/04/2016.

Aristóteles (1983): *Política*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Criado de Diego, Marcos (2011): “La igualdad en el constitucionalismo de la diferencia”, *Revista Derecho del Estado*, Nº 26, pp. 7-49.

Fiss, Owen (1976): “Groups and Equal Protection Clause”, *Philosophy and Public Affairs*, Vol. V,

Nº 2, pp. 107-177.

Laporta San Miguel, Francisco Javier (1985): "El principio de igualdad: introducción a su análisis", *Sistema*, Nº 67, pp. 3-32.

Larrauri Pijoan, Elena (2009): "Igualdad y violencia de género", *Indret Revista para el análisis del derecho*, febrero 2009, Barcelona, pp. 1-17. Disponible en:

<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/124366/172339> Consultado: 18/04/2016.

Martínez Tapia, Ramón (2000) *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional*, Universidad de Almería, Almería.