

La constitucionalidad de la respuesta penal de la *Ley Integral* frente a la violencia machista

POR PALOMA MARÍN LÓPEZ.

Magistrada.

Jefa de la Sección del Observatorio
contra la Violencia Doméstica y de Género
del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ).

Sumario/Abstract

- I. INTRODUCCIÓN
- II. ALGUNOS PRONUNCIAMIENTOS CONSTITUCIONALES PREVIOS: LA APROXIMACIÓN CONSTITUCIONAL AL DEBATE DE FONDO
- III. EL PRECEPTO CUESTIONADO Y LAS DUDAS DE CONSTITUCIONALIDAD A LAS QUE RESPONDE LA SENTENCIA 59/2008
- IV. LOS MOTIVOS ALEGADOS Y LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LA SENTENCIA
- V. A MODO DE CONCLUSIÓN



I. INTRODUCCIÓN

El Tribunal Constitucional, en Sentencia 59/2008, de 14 de mayo, ha tenido ocasión de pronunciarse, por primera vez, sobre la adecuación a la Constitución de una de las medidas acordadas por la legislación española de forma unánime para combatir la violencia contra las mujeres.

No es, ciertamente, novedoso que el máximo intérprete de la Constitución se pronuncie en materia de Derechos Fundamentales ni, tampoco, que lo haga cuando su ejercicio o su efectividad se pretende por las mujeres. Sí lo es que se pronuncie, específicamente, respecto a la vulneración de los Derechos Fundamentales de las mujeres que supone la violencia de género.

II. ALGUNOS PRONUNCIAMIENTOS CONSTITUCIONALES PREVIOS: LA APROXIMACIÓN CONSTITUCIONAL AL DEBATE DE FONDO

El Tribunal Constitucional ha construido un cuerpo de doctrina sobre el significado y proyecciones del derecho a la igualdad y a la interdicción de la discriminación que, superando algunos de los iniciales avales de medidas paternalistas, falsamente protectoras, se ha decantado, finalmente por una doctrina sólida que, entre otras manifestaciones, ha incorporado la legitimidad constitucional de medidas de acción positiva o la del establecimiento de cuotas para colectivos desfavorecidos¹. Una buena parte de esta doctrina se ha construido alrededor de uno de los específicos odiosos factores de discriminación explicitados en el texto constitucional: la discriminación peyorativa entre mujeres y hombres, esto es, en la dicción constitucional, la discriminación *por razón de sexo*. Ha partido para ello tanto de los nuevos valores, principios y derechos fundamentales que la Constitución de 1978 introdujo en nuestro ordenamiento como de su interpretación de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre tales materias ratificados por España (artículo 10.2 CE).

Respecto de éstos, la comunidad internacional ha integrado la violencia contra las mujeres en el ámbito de la vulneración del derecho a la igualdad. Destaca en este sentido, muy especialmente, la Recomendación General nº 19, adoptada en 1992, por el Comité encargado de velar por el cumplimiento de la CEDAW², que reconoce formalmente por primera vez la violencia contra las mujeres como una de las formas de discriminación prohibidas por la Convención, incluyéndola como una de sus manifestaciones en la definición de discriminación de su artículo 1.

Ocho años antes de este pronunciamiento internacional, el Tribunal Constitucional ya había abordado explícitamente la cuestión de si un diferenciado tratamiento desde el sistema de justicia penal frente a la violencia ejercida en el ámbito de la pareja heterosexual, en función de quién fuera el autor y la víctima, vulneraba el artículo 14 CE.

Efectivamente, en Auto 691/1984, de 14 de noviembre, el Tribunal Constitucional se pronunciaba en la materia, con dos derivaciones fundamentales:

En primer término, reconociendo la especificidad de la violencia de los varones contra las mujeres en el ámbito de la pareja y su condición de supuesto de hecho distinto a los actos de violencia de mujeres contra hombres en este mismo ámbito.

En segundo lugar, negando que ello constituyera discriminación en la aplicación de la Ley por razón de sexo y desvinculando, desde esta perspectiva, la posibilidad de un diferenciado tratamiento aplicativo de la Ley penal de la condición de varón del autor.

La citada resolución estudiaba el recurso de amparo formulado por la representación del esposo, frente a un pronunciamiento judicial, que denegaba la suspensión de la pena de 15 días de arresto menor que le había sido impuesta en sentencia dictada en juicio de faltas por lesiones contra su esposa. El

1

Así, la STC 269/1994, de 3 de octubre, que, con respecto a la reserva de plazas para personas con discapacidad física, psíquica o sensorial, efectuada en una convocatoria de empleo por una Comunidad Autónoma, a la que se había acogido un aspirante que había obtenido una puntuación inferior a la de la recurrente en amparo, declaraba la constitucionalidad de la medida, señalando que “la reserva porcentual de plazas en una oferta de empleo destinadas a un colectivo con graves problemas de acceso al trabajo... no vulnera el art. 14 CE, siendo por tanto perfectamente legítimo... y que además constituye un cumplimiento del mandato contenido en el art. 9.2 CE, en consonancia con el carácter social y democrático del Estado (art. 1.1. CE)”.

2

Siglas en inglés de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres, de 18 de diciembre de 1979.

3

Ya el preámbulo de la LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, que criminalizó por primera vez, específicamente, la violencia física habitual en el *ámbito doméstico*, justificaba la reforma, señalando:

“Respondiendo a la deficiente protección de los miembros *físicamente más débiles del grupo familiar* frente a *conductas sistemáticamente agresivas* de otros miembros del mismo, se tipifican como delito los malos tratos ejercidos sobre menores o incapaces, así como los ejercidos sobre el cónyuge cuando, a pesar de no integrar individualmente considerados más que una sucesión de faltas, se producen de modo habitual”.

Pese a ello, el artículo 425 CP, que acogía el nuevo tipo, mencionaba como primer sujeto pasivo el “cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad”. Más específicamente, la Exposición de Motivos de la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de la *violencia doméstica*, se aproximaba más al fenómeno que subyacía en las sucesivas reformas habidas en esta materia, señalando su primer párrafo que “La violencia ejercida en el entorno familiar y, en particular, la *violencia de género* constituye un grave problema...”. El segundo párrafo de la EM volvía a referirse a la violencia de género y el tercero a documentos del Instituto de la Mujer y a un informe de la ponencia constituida en el seno de la Comisión Mixta de Derechos de la Mujer de las Cortes Generales.

4

La que no precisara para la sanidad de tratamiento médico o quirúrgico.

5

De esta forma, se continuaba posponiendo el abordaje de la violencia específica contra las mujeres a la que se habían referido determinados instrumentos internacionales, muy especialmente la Declaración y la Plataforma para la Acción acordadas en Beijing, en septiembre de 1995, en la IV Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre las Mujeres, lo que retrasaba, obviamente la elaboración de políticas específicas que plantearan medidas al servicio de, inicialmente, su reducción, con el objetivo estratégico de su erradicación.



6 El Tribunal rechazaba las cuestiones atendiendo tanto al fin esencial y directo de protección al que respondía la norma como a otros fines legítimos e inmediatos entre los que mencionaba su influencia en el comportamiento de los destinatarios de la norma, destacando la gravedad del comportamiento que se pretendía disuadir. Resaltaba igualmente la relevancia de los “datos empíricos no controvertidos” del *fenómeno social de la violencia doméstica* así como que “las conductas que se sancionan en el precepto en ningún caso constituyen ni resultan amparadas por el ejercicio legítimo de algún derecho proclamado en la CE, de modo que no estamos ante un ámbito tutelado por esos derechos fundamentales”.

Terminaba en ambos casos señalando que la respuesta penológica perseguía una mayor y más eficaz protección de valores constitucionalmente tutelados por la norma, frente a la percepción social de una escasa respuesta punitiva, con el corolario de una insuficiente protección de las víctimas, concluyendo en el rechazo de la cuestión por notoriamente infundada.

En ambas resoluciones, el Tribunal parecía estar pensando –aunque la dicción legal y la sentencia hablaran de violencia doméstica– en clave de género, dado el sentido inequívoco de los datos empíricos y estadísticos sobre la cualidad de los sujetos activo y pasivo y de la vinculación personal existente entre ellos de la mayor parte de los actos criminales en este ámbito.

recurso alegaba vulneración del artículo 14 CE, fundamentándolo en que el mismo órgano jurisdiccional, en otra sentencia dictada poco antes en juicio de faltas por lesiones, seguidos entre las mismas partes, pero en el que la condenada había resultado la esposa, sí había acordado a favor de ésta la suspensión de la pena de 5 días de arresto menor.

Dicha resolución, desestimando el recurso, señalaba en su Fundamento Jurídico Tres:

“Es notorio, en efecto, que como afirma el Auto impugnado *constituye hoy un fenómeno social merecedor de especial repulsa, el hecho de que, dentro de la pareja, se produzca con lamentable frecuencia malos tratos a la mujer por parte del hombre, mientras que, por el contrario, no existe como fenómeno social el hecho contrario*, es decir, los malos tratos al hombre por parte de la mujer. Está en consecuencia justificado que para reprimir aquel fenómeno social se acentúe el rigor de la Ley para los que contribuyen al mismo. No se da, por tanto, frente a lo que dice el recurrente, una discriminación en la aplicación de la Ley por razón de sexo, pues *el hom-*

bre no es tratado más severamente por su condición de varón sino por contribuir con su conducta a la existencia del fenómeno social de las mujeres maltratadas, contra el cual pueden y deben reaccionar los Tribunales de Justicia con los medios que el Derecho les permite”.

Veinte años más tarde –y en el contexto en que leyes, tribunales y doctrina denominaban *violencia doméstica* a los tipos penales nacidos para combatir muy fundamentalmente la violencia ejercida contra las mujeres en el ámbito del hogar⁴, que, sin embargo, incorporaban como sujetos pasivos del delito también a otras personas con diferentes vínculos familiares entre sí– el Alto Tribunal volvió a aproximarse a este fenómeno criminal, en Auto nº 233/2004, de 7 de junio, en pronunciamiento que reprodujo en Auto nº 322/2005, de 13 de septiembre.

En estas dos resoluciones abordó las cuestiones de inconstitucionalidad formuladas por dos Juzgados contra la conversión de la antigua falta de maltrato de obra sin causar lesión a la categoría de delito que, en el ámbito de la *violencia doméstica*, había efectuado la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre. Ésta, efectivamente, pasaba a conceptualizar como delito, en el nuevo artículo 153 CP, cualquier menoscabo psíquico o la lesión no constitutiva de delito⁴ o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión o amenazar de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos, en el círculo de personas unidas entre sí con los vínculos que refería el nuevo artículo 173.2 CP, con independencia de que los sujetos activos o pasivos fueran hombres o mujeres⁵.

El Alto Tribunal, también en esta ocasión, rechazó en estas cuestiones las dudas planteadas por los dos órganos jurisdiccionales respecto a la presunta vulneración del principio de proporcionalidad, que éstos entendían afectado ante la existencia de un *desequilibrio patente, excesivo e irrazonable entre el precepto penal y la sanción fijada por la legislación, o, en otras palabras, la clara desproporción entre la norma penal y la magnitud de la pena de prisión impuesta*⁶.



III. EL PRECEPTO CUESTIONADO Y LAS DUDAS DE CONSTITUCIONALIDAD A LAS QUE RESPONDE LA SENTENCIA 59/2008

El precepto referido en la cuestión de inconstitucionalidad que ha dado origen a la sentencia que se comenta es el artículo 153.1 CP, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante, *Ley Integral*), en su artículo 37. Las dudas explicitadas sobre la constitucionalidad del mismo lo han sido desde la perspectiva de los derechos fundamentales garantizados en los artículos 10 –dignidad–, 14 –igualdad– y 24.2 –presunción de inocencia– de la CE. Éstos son los términos del debate planteado al Alto Tribunal y sólo a ellos responde la sentencia que se comenta.

¿Qué es lo que dice el artículo 153 del CP?

El Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, como los sucesivamente planteados respecto de este artículo ⁷, ofrecen la versión de que el precepto fija para unos *mismos hechos* –causar a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en el CP o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión– penas distintas en función de que el sujeto activo sea o no el varón y de que el sujeto pasivo sea o no la mujer, en ambos casos integrantes de una relación *afectiva*, presente o pasada.

Una lectura rigurosa del precepto permite alcanzar otras conclusiones. Así, la redacción del artículo mencionado, fruto del debate y acuerdos parlamentarios, establece:

Un tipo básico

Descrito en el artículo 153.2 CP: causar a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en el CP o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la víctima del delito fuere alguna de las personas a las



que se refiere el artículo 173.2 CP, siempre que los sujetos activo y pasivo no sean los descritos en el apartado 1 del artículo 153 CP.

La pena principal prevista para estos hechos, de forma similar a la que contemplaba el artículo 153 antes de esta última reforma, es la de **tres meses a un año de prisión** o, alternativamente, trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días.

Como pena accesoria, prevé la de privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día, en todo caso. Y, si se estima adecuado al interés de la persona menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela... **de 6 meses a 3 años**.

Un tipo agravado

Descrito en el artículo 153.1 CP, integrado por dos incisos o supuestos dife-

7

Pocos en número, dado que, sin perjuicio de la reiteración de cuestiones por un mismo órgano jurisdiccional, apenas han sido una veintena de éstos los que han formalizado la totalidad de ellas frente a 835 órganos –a la fecha de la sentencia que se comenta– a los que ha correspondido la aplicación e interpretación de la *Ley Integral* (458 JVM, 327 Juzgados de lo Penal y 50 Audiencias Provinciales).

8

Realmente, la redacción literal del Código Penal no ofrece un tratamiento unitario de los deberes impuestos como condición de suspensión y de sustitución de la pena privativa de libertad en delitos de violencia de género. Así, mientras que la suspensión de la pena viene condicionada a la participación “en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares” (art. 83 CP), la sustitución exige la “sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico” (art. 88.1, párr. 3 CP).

9

Han sido abordadas, respecto del mismo precepto, en SSTC nº 76, 80, 81, 82, 83, 95, 96, 97, 98, 99 ó 100 de 2008.



rentes, o, en palabras de la Sentencia, por una doble diferenciación: de sujeto activo o de sanción y de sujeto pasivo o de protección:

- Causar el varón integrante de una pareja heterosexual a la mujer de esa pareja –actual o anterior– menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en el CP o golpearla o maltratarla de obra sin causarle lesión: a este supuesto se refiere el primer inciso del apartado 1. Contra él se han formulado diferentes cuestiones de inconstitucionalidad.

Tipifica por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico la violencia de género en uno de sus posibles ámbitos, el de la pareja o ex pareja, frente al que la Ley pretende ofrecer herramientas para su erradicación. Afronta, con ello, el *fenómeno social merecedor de especial repulsa...* al que se refería el Auto de 14 de noviembre de 1984 del Tribunal Constitucional, visibilizándolo en el tipo.

- Causar cualquier persona –hombre o mujer– menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en el CP o golpear o maltratar de obra a una persona especialmente vulnerable –hombre o mujer– que conviva con el autor sin causarle lesión: a este supuesto se refiere el segundo inciso del precepto.

La respuesta penal prevista para este tipo agravado es, en cuanto a la pena principal, la **de seis meses a un año de prisión** o, alternativamente, trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días.

Como pena accesoria, se prevé la de privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día, en todo caso. Y, si se estima adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela... **hasta cinco años**.

El segundo inciso del artículo 153.1 CP, por ello, agrava, fruto del consenso parlamentario, en una Ley nacida con la vocación de atajar la

violencia contra las mujeres, la responsabilidad penal frente a hechos que también pueden ser ejecutados por mujeres en el ámbito de la convivencia.

Un subtipo agravado

Descrito en el artículo 153.3 CP, tanto respecto del tipo básico como respecto del tipo previsto en el apartado 1 del precepto.

Con similar respuesta a la ofrecida antes de la reforma operada por la *Ley Integral*, prevé la imposición en su mitad superior de las penas fijadas en los dos apartados que lo preceden, cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas o se ejecute en el domicilio común o en el de la víctima o se realice quebrantando una de las penas contempladas en el artículo 48 CP o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

Un subtipo atenuado

Descrito en el artículo 153.4 CP, que introduce la novedad de facultar al Juez, Jueza o Tribunal, razonándolo en la sentencia, para imponer la pena inferior en grado, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho.

Con proyección tanto sobre el tipo básico como sobre el tipo y el subtipo agravados, su aplicación permite la imposición de penas inferiores a las establecidas antes de la reforma, incluso respecto al nuevo tipo agravado de violencia de género introducido por la *Ley Integral*.

Las consecuencias penológicas diferenciadas en la nueva redacción del artículo 153 CP, entre el tipo básico y el tipo agravado del apartado 1 quedan circunscritas, por ello, al límite mínimo de la pena privativa de libertad (3 ó 6 meses) y a la extensión de la accesoria potestativa de inhabilitación de patria potestad, tutela, curatela... (de 6 meses a tres años frente a una extensión máxima de 5 años,

sin límite mínimo). También se proyectan sobre las penas resultantes de la aplicación del subtipo atenuado.

Otras diferencias se anudan en otros preceptos a la subsunción de los hechos en el tipo básico o en el tipo agravado de violencia de género del apartado 1, tanto en materia de suspensión como de sustitución de la pena privativa de libertad. Y en una doble proyección:

- En primer lugar, en los delitos de violencia de género, la suspensión y sustitución siempre quedará condicionada al cumplimiento de la obligación de seguir un tratamiento de rehabilitación ⁴.
- En segundo término, en los delitos de violencia de género, la sustitución sólo podrá ser por la pena de trabajos en beneficio de la comunidad y nunca por pena de multa, que sí se prevé, alternativamente, tanto en el tipo básico como en el del segundo inciso del tipo agravado.

Frente a las diferencias señaladas, idénticas consecuencias se establecen en el tipo básico y en el tipo agravado en cuanto al límite máximo de la pena privativa de libertad (un año), para la pena alternativa, igualmente principal, de trabajos en beneficio de la comunidad (de 31 a 80 días) y para la pena accesoria obligatoria de privación del derecho a la tenencia o porte de armas (de un año y un día a 3 años).

IV. LOS MOTIVOS ALEGADOS Y LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LA SENTENCIA

1 La presunta vulneración del derecho a la igualdad derivada del diferente límite mínimo de la pena privativa de libertad en uno y otro apartado

El núcleo de la duda de constitucionalidad suscitada –y de las que le han seguido ⁵– radica en la supuesta afectación del derecho a la igualdad que puede suponer el diferente límite mí-



nimo de la pena privativa de libertad (tres o seis meses) fijada por la legislación en el supuesto de violencia de género en el seno de *relaciones de afectividad* y en el supuesto de violencia de mujeres contra varones en el mismo ámbito o de otros supuestos de violencia doméstica.

El propio planteamiento de la cuestión evidencia que quien así argumenta parte de que hombres y mujeres tenemos consolidada una idéntica posición de igualdad material y de oportunidades en la vida social y también en la relación de pareja. Por eso, hablan “de los mismos hechos” o “de la misma conducta”.

Este entendimiento no resulta avalado por el Tribunal Constitucional, quien focaliza el examen del artículo 153.1 CP relacionándolo con la presunta vulneración del inciso primero del artículo 14 CE –derecho a la igualdad– y excluyendo que pueda haber vinculación con el segundo inciso del precepto constitucional –prohibición de discriminación por razón de sexo.

Pero ¿nos encontramos ante un tratamiento punitivo diferente de la *misma conducta*, en función del sexo de los sujetos activo y pasivo?

Sin perjuicio de que el Alto Tribunal no haya acabado efectuando pronunciamientos más tajantes, es lo cierto que, desde el primer momento, rechaza la pretendida equiparación de hechos y conductas, refiriéndose a la cuestión planteada por *la Juez* (sobre el lenguaje se volverá posteriormente) con los términos “por lo que entiendo que son los mismos hechos” o “frente a lo que considera que es una misma conducta”.

Seguidamente, el Tribunal Constitucional ofrece distintas argumentaciones que avanzan en firme hacia la conclusión de que no estamos ante una *misma conducta* sino ante supuestos de hecho diferentes.

Así, afirma que la violencia de los varones contra las mujeres es una conducta dotada de un *mayor* desvalor

(FJ 9), que son *agresiones* que el legislador entiende *más graves, más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en que se producen*, introduciendo la perspectiva de la específica doble afectación de derechos fundamentales, que son *trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada* (FJ 7).

Apunta también a una diferencia extraordinariamente importante entre la violencia en el ámbito doméstico del tipo básico y la violencia de género, destacando el diferente *significado* de esta última, en cuanto instrumento de perpetuación de la subordinación social de las mujeres. Vincula, además, la mayor gravedad de la violencia de género, en cuanto a su “significado social objetivo” y su lesividad para los derechos fundamentales –seguridad, libertad y dignidad– de las mujeres (FJ 12).

Pese a apuntar sobradamente que se trata de supuestos de hecho diferenciados, el Alto Tribunal pasa seguidamente, sin embargo, a examinar la constitucionalidad de la norma desde la perspectiva del principio de igualdad, abordando si “el tratamiento diferenciado de *supuestos de hecho iguales*” tiene una justificación objetiva y razonable y no depara unas consecuencias desproporcionadas, esto es, desde el prisma de la razonabilidad del tratamiento diferenciado de supuestos de hecho iguales y desde el prisma de la proporcionalidad.

La Sentencia dedica distinta extensión al tratamiento de la objetividad y al de la razonabilidad de la diferenciación.

Aborda el primero de ellos afirmando, de forma concisa, que resulta indudable “su carácter general y abstracto”.

El análisis de la razonabilidad es abordado, como es tradicional en la doctrina constitucional, desde una doble faceta: la legitimidad del fin de la norma (FJ 8) y la adecuación a di-

cho fin de la diferenciación denunciada (FJ 9).

El Tribunal afirma la *palmaria legitimidad constitucional* de la finalidad de la ley partiendo de la finalidad de *prevención* de las agresiones que se producen en el ámbito de la pareja como manifestación del dominio sobre la mujer en tal contexto, de la finalidad de *protección* de determinados derechos fundamentales –vida, integridad física, salud, libertad, seguridad...– de la mujer en un ámbito que se revela insuficientemente protegido y porque su objetivo es *combatir el origen de un abominable tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad*, articulando a tal fin diversas medidas, entre ellas las penales. Deriva de ello la suficiencia constitucional de las razones aportadas por la normativa.

Sitúa, por ello, el Tribunal Constitucional todo el debate de la cuestión de inconstitucionalidad en el ámbito que le es propio, el de la igualdad material. Esta igualdad sustancial es definida, reproduciendo un pronunciamiento previo efectuado al abordar el examen de constitucionalidad de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, como “elemento definidor de la noción de ciudadanía”, afirmando que atenta contra ella

“de forma 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” (FJ 8).

La Ley también supera el test de constitucionalidad, según la Sentencia, desde la perspectiva de la adecuación de la diferenciación denunciada a la legítima finalidad que pretende.

El mayor desvalor de una conducta –la violencia de género– respecto de otra –la violencia doméstica– radica, a juicio del Tribunal, tanto en la determinación del sujeto activo como en la



de la víctima. Respecto de éstas, el Alto Tribunal convalida la adecuación de la medida con base en “*la mayor necesidad objetiva de protección de determinados bienes de las mujeres en relación con determinadas conductas delictivas*”, que constituye una “*innegable realidad*”, respecto a las cuales su “*frecuencia constituye un primer aval de razonabilidad de la estrategia penal de la persona que legisla de tratar de compensar esta lesividad con la mayor prevención que pueda procurar una elevación de la pena*” (FJ 9).

Respecto de la especificación del sujeto activo, se afirma que resulta adecuada dado que cabe apreciar en estas específicas agresiones un mayor desvalor, por lo que “ese mayor desvalor necesita ser contrarrestado con una mayor pena”. Se trata, en palabras del Tribunal, de “una violencia peculiar y es, correlativamente, peculiarmente lesiva para la víctima”.

En otras palabras: el Tribunal Constitucional está señalando que el apartado 1 del artículo 153 CP se refiere a un supuesto de hecho distinto del señalado en el apartado 2. Se trata, según doctrina constitucional, de un tipo de agresión que supone un mayor daño en la víctima al actuar el agresor *conforme a una pauta cultural –la desigualdad en el ámbito de la pareja– generadora de gravísimos daños a sus víctimas*, dotando así, *consciente y objetivamente a su comportamiento de un efecto añadido a los propios del uso de la violencia en otro contexto*. El Alto Tribunal afirma que estas agresiones inciden adicionalmente sobre la *seguridad* de las vícti-

mas, que disminuyen sus expectativas futuras de indemnidad, sobre su *libertad*, por el efecto intimidatorio que supone, restringiendo la libre conformación de su voluntad en el futuro, y sobre su *dignidad*, en cuanto que niega su igual condición de persona, visibilizando ante la sociedad un “*menosprecio que la identifica como grupo menospreciado*” (FJ 9).

Estas afirmaciones explicitan la valoración constitucional de concurrencia de una pluralidad de bienes jurídicos protegidos en el nuevo tipo agravado, por existir un previo déficit de protección. Éste se traduce en un plus de gravedad que relaciona con el desvalor añadido, del que carece el tipo básico: éste dispensa asimismo protección penal pero es la protección que la persona que legisla, haciendo uso de las funciones exclusivas que le son propias, ha considerado conveniente, en función de los hechos objeto de consideración y del bien jurídico en juego, anudándole, como consecuencia jurídica, la pena que ha estimado proporcionada y que en ningún caso ha resultado cuestionada¹⁰.

Nada que ver, por ello, con supuestas *acciones positivas* ni con manifestaciones de *discriminaciones positivas*, como, desde algunos sectores, se ha pretendido. Tampoco con *discriminaciones negativas* contra los varones, como han alegado posteriores cuestiones de inconstitucionalidad, igualmente desestimadas por el Alto Tribunal. Nada que ver con *supuestos de hecho idénticos o similares*.

Lisa y llanamente, supuestos de hecho distintos que, por representar un mayor desvalor, pueden recibir una respuesta penal más enérgica. A mayor gravedad de la acción, a mayor desvalor que revela una especial afectación del bien jurídico digno de protección, una especial protección opera como específico factor de prevención.

Así lo ha entendido en diversas ocasiones la persona que legisla, que ha dispensado una protección penal reforzada de grupos concretos en virtud de características que les sitúan en una

posición de especial vulnerabilidad, al objeto de aumentar el efecto preventivo de la amenaza penal, sin que se hayan suscitado dudas de constitucionalidad: buena prueba de ello son la agravante de discriminación (artículo 22.4 CP), el tipo de discriminación en el empleo (artículo 314 CP), el de discriminación en la prestación de servicios públicos u otras actividades profesionales (arts. 511 y 512 CP), el de provocación a la discriminación o a la violencia racista (art. 510 CP), el del tráfico de drogas, cuando el destinatario es una persona drogodependiente en tratamiento o cuando es menor de edad (previendo el art. 369.5 CP la imposición de la pena superior en grado), la criminalización como asociaciones ilícitas (art. 515.5 CP) de las que promuevan la discriminación o el odio o violencia contra determinados colectivos o varios otros, dirigidos a la especial tutela de personas menores o incapaces (como en algunos tipos sobre libertad o indemnidad sexuales o como en el tipo de lesiones del art. 148 del CP), personas extranjeras o pertenecientes a otros grupos discriminados.

En cualquier caso, la incorporación de sujetos activos y pasivos alternativos en el apartado 1 del artículo 153 CP, que sólo opera horizontalmente, excluyéndose entre sí –esto es, a un determinado sujeto pasivo (o de protección) le corresponde un determinado sujeto activo (o de sanción)–, no puede difuminar la realidad de que la violencia de género en el ámbito de la pareja o ex pareja no sólo es un “fenómeno social merecedor de especial repulsa” sino que es un supuesto de hecho diferente del de la violencia de mujeres contra varones en ese ámbito. Esto podía haberse afirmado con mayor rotundidad en la Sentencia, de la misma manera que en el Auto de 1984 fue expresamente excluida esta última violencia como “fenómeno social”. Pero no es, ni mucho menos, cuestión menor que el Tribunal Constitucional haya fijado las premisas que conducen, inexcusablemente, a tal conclusión.

10

El propio Auto de planteamiento reconocía (sin extraer, desde luego, todas las consecuencias posibles, al menos respecto del objeto de la cuestión de inconstitucionalidad) la preocupación del legislador penal por la igualdad, que le había hecho avanzar hasta incluir medidas discriminatorias en el Código Penal (no cuestionadas por la magistrada), como el tipo de genocidio, los tipos penales descritos en los artículos 314 o 510 CP o la agravante genérica de discriminación del artículo 22.4 CP, cuyo bien jurídico protegido, único o adicional, en valoración de la magistrada, es el derecho a la igualdad.



2

El rechazo a la presunta vulneración del principio de culpabilidad

La Sentencia entra a valorar la alegación de vulneración del principio de culpabilidad, que la magistrada cuestionante vinculaba con el diferente tratamiento penológico en función del sexo del sujeto activo, desde dos perspectivas: la primera, la supuesta presunción legislativa de concurrencia en el hecho típico de una intención discriminatoria, de abuso de superioridad o de situación de vulnerabilidad de la víctima; la segunda, la atribución al varón de “una responsabilidad colectiva como representante o heredero del grupo opresor”.

El Tribunal Constitucional rechaza ambos argumentos. Niega, en primer lugar, que la legislación presuma un especial ánimo en la conducta del autor. Lo que la legislación ha efectuado, según la Sentencia, ha sido constatar razonablemente la mayor lesividad de unas conductas “a partir de las características de la conducta descrita y, entre ellas, la de su *significado* como reproducción de un arraigado modelo agresivo de conducta contra la mujer por parte del varón en el ámbito de la pareja”. A partir de tales valoraciones, resultarán de más que dudosa acomodación a la doctrina constitucional las interpretaciones de este tipo penal vinculándolo al artículo 1 de la *Ley Integral*.

Seguidamente, recuerda la consagración del principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal, lo que comporta que la responsabilidad penal es personal por los hechos y subjetiva, en cuanto que sólo cabe imponer una pena al autor del delito por la comisión de éste en el uso de su autonomía personal. La legislación, recuerda, tipifica la conducta, insertándola “en una pauta cultural generadora de gravísimos daños para sus víctimas”, dotando a la acción “de una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa”. La consecuencia obvia es la de la sanción al autor no por hechos

de otros 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 sólo él, coadyuva con su violenta acción*”. En términos similares a los utilizados en el Auto de 1984.

3

La presunta vulneración del principio de proporcionalidad: por la pena privativa de libertad prevista y por la selección arbitraria de los tipos penales reformados por la *Ley Integral*

Cuestionada la afectación del principio de igualdad desde el principio de proporcionalidad, el Tribunal analiza la razonabilidad de la diferenciación tanto desde la razón de la diferencia, en relación con la finalidad perseguida por la legislación, como su cuantificación.

El Tribunal parte del reconocimiento de que la diferenciación que introduce la norma es “significativamente limitada... frente a la trascendencia de la finalidad de protección que pretende desplegarse con el tipo penal”. Valora como “instrumento preventivo idóneo” para los hechos tipificados la pena de prisión y destaca la trascendencia de los bienes objeto de protección:

“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” (FJ 10).

En este aspecto, rechaza la objeción formulada basándose en la escasa diferencia existente en el límite inferior de la pena privativa de libertad –3 meses–, su condición de pena principal alternativa a la de trabajos en beneficio de la comunidad, de idéntica extensión en ambos supuestos (de 31 a 80 días) y la existencia del subtipo atenuado del apartado 4 del artículo 153 CP, que permite rebajar un grado la pena impuesta “en atención a

las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho”. Y, sobre ello, la posibilidad de obtener la misma respuesta punitiva en los casos en que el varón de la pareja resulte ser *persona especialmente vulnerable* en el contexto de la relación.

Se reprocha, asimismo, en la cuestión de inconstitucionalidad la reforma de escasos preceptos penales, que se hace equivalente a selección arbitraria de la labor de la persona legisladora.

Es cierto que la *Ley Integral* ha reformado, desde la perspectiva de la violencia de género, escasos tipos penales: los descritos en los artículos 148, 153, 171 y 172 CP, dado que no puede incluirse en este grupo la reforma del artículo 468 CP. Ésta mantiene en el ámbito de la violencia doméstica la modificación que introduce, reproduciendo, no obstante, el efecto paradójico, anteriormente señalado en el propio apartado 1 del artículo 153 CP, de endurecer la respuesta punitiva para las mujeres mediante una Ley nacida con la vocación de combatir la violencia de género.

Es igualmente cierto que la violencia machista se manifiesta en entornos y ámbitos mucho más amplios que el que constituye el objeto de la *Ley Integral*, que se aparta en su regulación del sentido amplio que determinados textos internacionales refieren –entre otros, la Plataforma para la Acción de Beijing, antes mencionada–. Ello se produce, además, y pese a mencionar esta Conferencia en la Exposición de Motivos de la *Ley Integral*, sin expresar los motivos de la reducción. Ésta alcanza, además, a otras manifestaciones de violencia de género intrafamiliares (agresiones por ascendientes o descendientes masculinos contra descendientes o ascendientes femeninos) o, incluso, respecto de determinadas manifestaciones de violencia de género en el ámbito de la pareja o ex pareja: del juego combinado de los artículos 1.3 y 44 de la *Ley Integral* quedan fuera de la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la



Mujer –y con ello de la consideración de violencia de género regulada por la *Ley Integral*– tanto la violencia económica como el delito de quebrantamiento de pena o medida cautelar o de seguridad, relativa a prohibición de aproximación o de comunicación, acordadas para la protección para las víctimas de violencia de género, cuando no vayan acompañados de un acto adicional de violencia machista.

Son, efectivamente, por ello, escasas las reformas de los tipos penales que introduce la *Ley Integral*, incluso en el ámbito de las relaciones de pareja o ex pareja, dejando fuera de la reforma los hechos que alcanzan mayor gravedad (violencia habitual, lesiones graves, agresiones sexuales, homicidios...). Sin embargo, el Tri-

bunal Constitucional recuerda, una vez más, que la persona que legisla es libre de seleccionar los tipos penales que va a introducir o reformar –*monopolio legislativo en la definición de los delitos y de las penas*– y que a aquél corresponde –y no al Alto Tribunal ni a los Juzgados o Tribunales de la jurisdicción ordinaria– la valoración de la oportunidad, calidad o perfección de la tarea legislativa.

Adicionalmente, el Fundamento Jurídico Octavo rechaza la objeción de selección arbitraria de tipos penales, con supuesta proyección sobre el principio de proporcionalidad, al identificar la finalidad de la reforma, cual es la *prevención de las agresiones*, efectuándolo a través del incremento de la punición en las manifestaciones

más leves. Respecto de delitos más graves, afirma que la comparación no desmiente la razonabilidad de la reforma y que se trata de delitos que incorporan en sí mismos un significativo mayor desvalor y una pena significativamente mayor. El posible déficit de protección de otras situaciones, sugerido en el Auto de cuestionamiento, no alcanza relevancia constitucional (FJ 9).

4 La contribución de la sentencia a la utilización del concepto de género

Hay un aspecto de la Sentencia, ciertamente no menor, que merece ser destacado, aunque se trate brevemente. Es la contribución a la utilización



del concepto “género”, diferenciado del de “sexo”, al que se refiere el apartado C) del FJ 9, rechazando la alegación de presunta discriminación por razón de sexo reprochada a la actual redacción del artículo 153 del CP:

“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 la legislación 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 la persona legisladora considera razonablemente que lo son por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad”.

El Tribunal recalca, pues, que la afectación de la igualdad y de otros bienes jurídicos constitucionales que se produce con la violencia contra las mujeres no guarda relación con el sexo del autor y de la víctima sino con las relaciones de subordinación impuestas a las mujeres a cuyo mantenimiento sirve la violencia: éste es su significado objetivo.

Ciertamente, el Tribunal podía haber sido más explícito al marcar las diferencias entre sexo y género. Podía haber recordado el significado del concepto de “género” como categoría de análisis que permite entender que la construcción sociocultural de identidades, subjetividades, comportamientos, roles... diferenciados para mujeres y varones no tienen nada que ver con la biología, esto es, con los atributos sexuales diferenciados de los cuerpos humanos sino con las consecuencias culturales anudadas a la tenencia de aquéllos, con el resultado de ofrecer relaciones jerarquizadas en-

tre mujeres y varones en las que las primeras están subordinadas, real y simbólicamente, a los hombres.

No obstante la parquedad de la que ha hecho gala, el Tribunal abre una puerta —desde luego, nunca formalmente cerrada pero escasamente transitada— para el desarrollo en las resoluciones judiciales de una teoría jurídica que contemple a las mujeres como sujetos del Derecho y que valore el grado de satisfacción que el ordenamiento procura de las necesidades, aspiraciones y derechos de las mujeres en su elaboración, redacción y aplicación.

5

La dignidad de las mujeres no se ve afectada ni reducida por la introducción de mecanismos legales para su protección reforzada ante ataques específicos a sus derechos inalienables

La Sentencia se pronuncia asimismo sobre la duda de constitucionalidad formulada en torno a la posible afectación de la dignidad de las mujeres por la introducción de mecanismos legales específicos para su protección. La duda planteada lo era en cuanto a la valoración de presunción legal de la mujer como colectivo vulnerable al resultar protegida de forma similar a otras personas “especialmente vulnerables”.

La duda suscitada desconoce, de entrada, también en este punto, la situación de desigualdad de las mujeres en la vida social, todavía al día de hoy, y muy especialmente en las relaciones de pareja.

Por ello, la argumentación sirve a desactivar la finalidad de la Ley, que pretende restablecer el derecho a la seguridad e igualdad de las mujeres en el concreto ámbito que regula. Si hay déficit de seguridad para las mujeres en la relación de pareja, respecto de otros colectivos o situaciones, como afirma la Ley, se precisará, para hacer efectivo el derecho a la seguridad de las mujeres, un plus de protección no

requerido para esos otros colectivos o situaciones.

No se trata, por ello, de reducir o afectar la dignidad de las mujeres, presumiendo que son seres débiles o incapaces de ejercer sus derechos. Se trata, exclusivamente, de reconocer la existencia de una situación de subordinación, generadora de vulnerabilidad, ajena absolutamente a sus propias capacidades o condiciones naturales, ajena a la biología: construida socialmente desde antiguo y tremendamente efectiva, asumida en el proceso de socialización por hombres y mujeres y que, por eso, viene interiorizada por unos y otras en sus modelos de relación. Sin perjuicio de que las sociedades van incorporando nuevos valores y nuevas pautas de relación, ello explica factores como la abrumadoramente mayoritaria consideración de que la violencia intrafamiliar es violencia de género o la escasa colaboración de las víctimas de esta violencia en el proceso penal. Visibilizar esta situación de subordinación no sólo no atenta contra la dignidad de las mujeres: es presupuesto del cambio.

La Sentencia rechaza que la respuesta legislativa afecte peyorativamente a la dignidad de las mujeres, sin perjuicio de realizar efectivamente, a efectos de protección, una cierta asimilación de éstas a otras personas especialmente vulnerables: *“Es mayor la intensidad de la diferenciación cuando se refiere a la sanción que cuando se refiere a la protección”* (FJ 4).

Avala, desde esta perspectiva, la constitucionalidad de la intervención penal cuyo fundamento se encuentra en la apreciación de la persona legisladora de *“una gravedad o un reproche peculiar en ciertas agresiones concretas que se producen en el seno de la pareja o entre quienes lo fueron”*, ubicándola *“en ciertos parámetros de desigualdad tan arraigados como generadores de graves consecuencias, con lo que aumenta la inseguridad, la intimidación y el menoscabo que sufre la víctima”*.

Bajo mi punto de vista, la Sentencia conecta con la idea de que lo que realmente afecta a la dignidad de las



mujeres es desconocer la construcción sociocultural diferenciada de identidades de varones y mujeres, los roles diferenciados, la división sexual del trabajo..., al recordar la doctrina constitucional que vincula el segundo inciso del artículo 14 CE –cláusula de prohibición de discriminación– con factores o 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 artículo 10.1 CE.

6

Algunas reflexiones sobre el lenguaje

La valoración positiva que cabe efectuar de la sentencia, que avala la constitucionalidad de la respuesta penal de la *Ley Integral* a la violencia de género, respecto de los motivos examinados, no impide exteriorizar la preocupación que suscita la convalidación de algunos términos y de algunas valoraciones sobre lenguaje jurídico.

Por un lado, en el FJ 4, la Sentencia se refiere a *la juez*¹¹ proponente de la cuestión de inconstitucionalidad, sin tener en cuenta las reflexiones habidas desde el siglo pasado acerca del sexismo en el lenguaje, que, por lo que hace a la persona titular de la función jurisdiccional, ha cristalizado con la incorporación de la acepción “jueza” en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española desde hace varios años, superando la inicial, ciertamente no inocente, de “mujer del juez”.

Siendo consciente de la rémora que supone mantener la acepción de

“juez” para referirse a la función jurisdiccional ejercida por una mujer, el propio Consejo General del Poder Judicial, en la sesión del Pleno de 17 de enero de 2007, ya señaló, en el ámbito que le es propio, la necesidad de erradicar el sexismo lingüístico del lenguaje en general y del administrativo, en particular, al objeto de evitar la ambigüedad y poner de manifiesto la presencia de las mujeres en el discurso, proponiendo, entre otras proyecciones, la diferenciación del uso del masculino y del femenino en la designación de profesiones y actividades.

Sin perjuicio de la independencia de cada órgano jurisdiccional, tanto de la jurisdicción ordinaria como de la constitucional, en el ejercicio de sus funciones, es lo cierto que caber recordar la necesidad no sólo de adecuar el lenguaje de las resoluciones a la realidad social y biológica sino a la corrección gramatical. Especialmente, puede reclamarse de las resoluciones, ciertamente no frecuentes, que efectúan aportaciones al concepto de “género” como categoría de análisis.

La segunda reflexión que quiero efectuar en este ámbito es acerca de las argumentaciones que incorpora la Sentencia sobre el *significado neutro* de la expresión “el que”, afirmado por la magistrada cuestionante, utilizada en el artículo 153.1 CP y en numerosos artículos del mismo Código, de lo que se derivaría que no designa a personas de sexo masculino. La magistrada, desde esta perspectiva, había explorado diversas posibilidades interpretativas, respecto del sujeto activo del delito, entre otras las que se abrían de la posibilidad de matrimonio entre mujeres. Finalmente, llegaba a la conclusión de autoría masculina del delito por la determinación del sujeto pasivo del precepto: “ofendida que sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad”.

La Sentencia afirma que “la interpretación de que el círculo de sujetos activos del primer inciso (“el que”) del art. 153 CP se restringe sólo a los va-

rones no es la única interpretación posible del mismo, en cuanto razonable”, bastando, dice, a los efectos del enjuiciamiento del precepto “con constatar la existencia de otras posibilidades interpretativas y la validez inicial de la realizada por el órgano judicial”.

Ciertamente, estas disquisiciones podrían haber sido obviadas con otra redacción del precepto. Tan supuestamente neutra puede ser la expresión “el que” como el pronombre “él” del precepto. Salvo honrosas excepciones, el lenguaje de los textos jurídicos es masculino. Sigue pendiente la revisión global del ordenamiento, desde la perspectiva de género, sobre el lenguaje que utiliza. La afirmación del *significado neutro* de las expresiones de los textos legales no avanza sobre la cuestión de que los varones han sido los tradicionales titulares de derechos¹² y no profundiza sobre la del varón como tradicional sujeto del Derecho. El que esta cuestión no integrara ni la duda de constitucionalidad ni, por ello, el pronunciamiento del Tribunal, no es óbice para generalizar este debate y asumir una nueva perspectiva de la labor legislativa en una democracia representativa de varones y mujeres.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

La Sentencia que se comenta ha sido la primera de las dictadas por el supremo intérprete de la Constitución que ha inaugurado los pronunciamientos sobre la adecuación a la Constitución del artículo 153 CP reformado por la *Ley Integral*. Por delante quedan los pronunciamientos pendientes sobre el resto de preceptos reformados, que, con gran probabilidad, irán en el mismo sentido.

Es de esperar que la vinculación a la interpretación de las leyes a la doctrina constitucional que el artículo 5.1 LOPJ impone a Jueces, Juezas y Tribunales en la tarea de la interpretación y aplicación de las leyes sirva a la plena efectividad de los derechos fundamentales de las mujeres.

11

También habla a lo largo de la resolución de la *Magistrada*.

12

La especificidad de la violencia de género revela la específica negación a las mujeres de los derechos, entre otros, a la vida, a la salud física y psíquica, a la libertad, a la seguridad o a la dignidad.