

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO D. JORGE RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ A LA SENTENCIA DEL PLENO QUE RESUELVE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD NÚM. 5939-2005, SOBRE EL ART. 153.1 DEL CÓDIGO PENAL, EN LA REDACCIÓN DADA POR LA LEY ORGÁNICA 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE.

Nuestra cultura jurídica se asienta en buena medida en principios forjados por la Revolución francesa. El art. 1 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789 proclama que “*Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos*”; su art. 6 declara que “*La ley es la expresión de la voluntad general (...) Debe ser igual para todos, tanto cuando proteja como cuando castigue. Todos los ciudadanos son iguales ante sus ojos*”; y su art. 9 añade, en fin, que “*todo hombre se presume inocente mientras no sea declarado culpable*”.

Estos principios son reconocibles en la Constitución Española, cuyo art. 10.1 destaca la dignidad de la persona como fundamento de nuestro sistema constitucional; el art. 14 consagra el principio/derecho de igualdad; y el art. 24.2 reconoce el derecho a la presunción de inocencia.

¿Respetan estos principios el primer inciso del art. 153.1 del Código Penal?. La posición que expreso en el presente Voto particular exige diferenciar tres niveles de enjuiciamiento, referidos a la compatibilidad de la Constitución con una sanción agravada de la violencia de género, la constitucionalidad de la concreta fórmula empleada por el legislador en el art. 153.1 CP y los fundamentos que acoge la Sentencia para declarar la constitucionalidad del precepto cuestionado.

1. Constitucionalidad de la punición agravada de la violencia de género.

No admite discusión la existencia de una forma específica de violencia que viene denominándose violencia de género, así como tampoco el que la sociedad se muestra justamente indignada y alarmada ante la constante sucesión de actos violentos protagonizados por quienes actúan creyéndose con derecho a disponer de la vida su pareja. Ello demanda un tratamiento penal específico, cauces procesales ágiles y medidas

cautelares eficaces. Más aún, es necesario transmitir a las víctimas de esta violencia que, todos en general y las instituciones en particular, estamos comprometidos en erradicarla.

En las dos últimas décadas el legislador español ha venido aprobando diversas medidas penales con el propósito de prevenir y sancionar esta modalidad de violencia y, a mi juicio, no se incurre en inconstitucionalidad por incorporar una penalidad agravada para combatirla, porque lo relevante no son las concretas consecuencias físicas de la agresión sino su inserción en un proceso que provoca la subordinación de la mujer, la desestabilización de la personalidad y del equilibrio psíquico de la víctima, extendiendo sus efectos sobre el desarrollo integral de los hijos menores que puedan convivir con la mujer maltratada. Por tanto, sostengo la constitucionalidad de las medidas penales que proporcionen un tratamiento diferenciado y agravado de la violencia de género.

2. Problema de taxatividad que suscita la fórmula empleada por el legislador en el primer inciso del art. 153.1 CP para sancionar la violencia de género.

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, responde al indicado propósito de combatir la violencia de género. No es éste el ámbito adecuado para juzgar la decisión del legislador de proyectar los efectos de dicha Ley sólo frente al maltrato ocasional y no sobre el maltrato habitual, las lesiones graves o el homicidio; ni las razones por las que se ha excluido de esa protección reforzada a las mujeres que no son, o no han sido, pareja del maltratador, como ocurre con madres, hijas o hermanas. Como tantas veces hemos dicho, corresponde al legislador, dentro de los límites constitucionales, “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” (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 23).

En lo que ahora interesa, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, señala en su art. 1.1 que constituye su 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”.

Sin embargo, en el art. 153.1 CP ese elemento finalista no se ha incorporado al texto finalmente aprobado por el legislador -y los trabajos parlamentarios permiten entender que tal omisión ha sido deliberada- por lo que el precepto, aplicado en sus propios términos, sólo atiende al hecho objetivo de que se cause un menoscabo psíquico o una lesión de carácter leve, o se golpee o maltratare de obra sin causar lesión, cualquiera que sea la causa y el contexto de dicha acción. Esta falta de identidad entre la redacción dada al precepto cuestionado y el propósito declarado por la Ley que lo introduce en el Código Penal, genera una duda razonable acerca de cuál sea la conducta tipificada por el legislador, duda que ya por sí misma es incompatible con el imperativo de taxatividad *-lex certa-* que deriva del art. 25.1 CE, puesto que el principio de legalidad penal, cuando se proyecta sobre la función legislativa, obliga a configurar las leyes sancionadoras llevando a cabo el máximo esfuerzo posible para garantizar la seguridad jurídica, es decir, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones (por todas, STC 283/2006, de 9 de octubre, FJ 5).

3. *Carácter interpretativo de la Sentencia.*

La primera característica de la Sentencia aprobada consiste en que utiliza la técnica de las llamadas sentencias interpretativas de rechazo (*“rigetto per erronea premessa interpretativa”*), lo que implica una auténtica declaración de inconstitucionalidad parcial del tipo penal cuestionado. Como es sabido, las sentencias constitucionales interpretativas declaran la constitucionalidad de la disposición impugnada en la medida en que el precepto se interprete en el sentido que el Tribunal considera adecuado a la Constitución, o no se interprete en el sentido o sentidos que considera inadecuados (STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 6).

La aparición de sentencias interpretativas desestimatorias (*“Sentenze interpretative di rigetto”*) y de sus múltiples variedades de sentencias aditivas (*“Sentenze di rigetto di tipo additivo o aggiuntivo”*) o elusivas (*“Sentenze di rigetto per erronea premessa interpretativa”*) generó, desde mediados del siglo pasado, una de las polémicas más enconadas en la historia de la dogmática italiana, hasta que terminó por prevalecer la fórmula de las sentencias estimatorias que contienen un fallo vinculante, imponiendo una determinada interpretación del precepto, y que no producen la inseguridad para la certeza del Derecho y de sus fuentes que ocasionan las sentencias interpretativas de rechazo. El recurso a esta técnica en nuestra jurisprudencia también ha sido polémico, máxime cuando

se utiliza en materia penal, siendo paradigmáticas, en ese sentido, las críticas que se contienen en los Votos Particulares formulados contra nuestra STC 24/2004, de 24 de febrero, que interpretó restrictivamente el art. 563 CP sobre el delito de tenencia de armas prohibidas.

La Sentencia aprobada afirma en su FJ 4 *ab initio* que la duda de constitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia en relación con el enunciado cuestionado del art. 153.1 CP “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”.

Sin embargo, la Sentencia no cumple, en gran medida, la función propia de una sentencia interpretativa, puesto que no delimita con claridad y precisión cuál sea la interpretación incompatible con la Constitución, ni expone las razones por las que se llega a tal conclusión, ni lo refleja en el fallo, ni tan siquiera se concreta si son todos o alguno de los preceptos constitucionales invocados los que vedan la interpretación que tan apodóticamente se estigmatiza. Estas carencias, unidas al uso de la dubitativa expresión “conduciría, en efecto, a su inconstitucionalidad” generan una ambigüedad inaceptable, puesto que el objeto de una sentencia interpretativa debe ser, precisamente, despejar las dudas de inconstitucionalidad, vedando en lo sucesivo a los órganos judiciales cualquier aplicación del precepto que resulte incompatible con la Constitución.

4. La interpretación del precepto que la Sentencia estima conforme con la Constitución.

La cuestión de inconstitucionalidad planteada por el órgano judicial suscita la duda de inconstitucionalidad del primer inciso del art. 153.1 CP en relación con los arts. 10.1, 14 y 24.2 CE. Sin embargo, la Sentencia enjuicia el precepto, casi exclusivamente, desde la perspectiva del principio de igualdad, con lo que creo que incurre en un error de enfoque.

Si nos adentramos en el verdadero sentido y alcance de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, se advierte que lo que se pretende combatir a través de la tutela penal que dispensa no es tanto el menoscabo físico o psíquico causado con el maltrato sino un tipo de comportamiento social identificado como machismo, cuando se manifiesta a través del maltrato ocasional. Si lo que hubiera que someter a comparación fuera el mero maltrato

que hombre y mujer pueden infringirse recíprocamente, ciertamente habría que concluir que el primer inciso del art. 153.1 CP lesiona el art. 14 CE. Pero si se advierte que lo sancionado es el sexismo machista (cuando se traduce en maltrato ocasional) es cuando se comprende que estamos ante un delito especial que sólo puede ser cometido por el varón y del cual sólo puede ser víctima la mujer. En este sentido, no me parece que lesionara el principio de igualdad que el legislador configurase círculos concéntricos de protección (sexismo violento contra cualquier mujer, en el ámbito familiar o doméstico y contra la pareja) puesto que los efectos de la acción punible se prolongan e irradian con diferente intensidad en cada uno de estos ámbitos.

Sin embargo, lo que a mi juicio resulta incompatible con el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) es la presunción adversa de que todo maltrato ocasional cometido por un varón contra su pareja o ex pareja sea siempre una manifestación de sexismo que deba poner en actuación la tutela penal reforzada del art. 153.1 CP.

Esta cuestión capital sólo obtiene una respuesta elusiva en la Sentencia, cual es que “el legislador no presume un mayor desvalor en la conducta descrita de los varones (...) lo que hace el legislador (...) es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas en relación con la que tipifica el apartado siguiente” y que “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 ...” (FJ 11.A). Obsérvese que, para la Sentencia, no es el Juez quien en cada caso debe apreciar el desvalor o constatar la lesividad de la conducta, sino que es el legislador quien lo ha hecho ya. Lo cierto es que una lectura atenta o repetida de la Sentencia pone de manifiesto que, desde la perspectiva de la misma, el art. 153.1 CP contiene una definición de violencia de género que parte de entender, como dato objetivo, que los actos de violencia que ejerce el hombre sobre la mujer con ocasión de una relación afectiva de pareja constituyen siempre actos de poder y superioridad frente a ella, con independencia de cuál sea la motivación o la intencionalidad del agresor, porque lo relevante es que el autor inserta su conducta en una pauta cultural, en una concreta estructura social (FJ 11), lo que implica un especial desvalor de la acción, que justifica la punición agravada. En realidad, para la Sentencia, aunque formalmente lo niegue, el autor del referido delito debe ser sancionado con arreglo al plus de culpa derivado de la situación discriminatoria creada por las generaciones de varones que le precedieron, como si portara consigo un “pecado original” del que no

podiera desprenderse, aun cuando la agresión que cometió obedezca a motivos distintos o aunque su concreta relación de pareja no se ajuste al patrón sexista que se trata de erradicar.

A mi juicio, esta presunción es incompatible con los principios del Derecho penal moderno, que ha desarrollado criterios de atribución de responsabilidad “concretos”, por el hecho propio y no por hechos ajenos. Entiendo que el principio de culpabilidad resulta infringido cuando indiscriminadamente se aplica el referido art. 153.1 CP a acciones que tengan su origen en otras posibles causas y, lo que es más grave, sin que conlleve la necesidad de probar que se ha actuado abusando de esa situación de dominación.

Dada la ambigüedad expositiva de la Sentencia, pudiera llegar a entenderse que ésta propicia en su FJ 11 que la aplicación del primer inciso del art. 153.1 CP requiere la concurrencia de un dolo que abarque no sólo la acción material del maltrato sino también su significado discriminatorio (pues en los FFJJ 9, 11 y 12 se emplea el término “consciente” para referirse al comportamiento del sujeto activo). Pero una lectura benévola de la Sentencia debe llevar a rechazar esta opción, pues, de ser la correcta, se produciría un descoyuntamiento de la tutela penal contra la violencia de género, ya que, entonces y en tal caso, la violencia leve no habitual de los varones hacia sus parejas o ex parejas carente de connotación discriminatoria sólo podría ser castigada como falta (art. 617 CP), puesto que sujeto pasivo del delito tipificado en el art. 153.2 CP no pueden serlo las personas contempladas en el apartado primero y la acción castigada en este apartado segundo es “el delito previsto en el apartado anterior”. Pues bien, ello implicaría un evidente retroceso respecto de la protección penal que dispensaba la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre -que elevó al rango de delito estas conductas-, y cuya constitucionalidad fue afirmada en los AATC 233/2004, de 7 de junio y 4570/2004, de 13 de septiembre. Y, lo que es más paradójico, si esa misma conducta (violencia leve no habitual) es realizada por la mujer contra su pareja masculina, sí se le podría imponer la pena prevista en el art. 153.2 CP, al no exigir su aplicación –según la Sentencia constitucional- que la violencia ejercida obedezca a la misma modalidad sexista que la del apartado primero. Sólo una interpretación finalista, pero que forzara los términos del art. 157.2 CP, probablemente “*ad malam partem*”, lograría impedir tan absurdo resultado.

5. *La posición jurídica de la mujer como sujeto pasivo del delito tipificado en el art. 153.1 CP.*

La Sentencia, quizá sin quererlo, se suma a un superado Derecho penal paternalista que promueve una concepción de la mujer como “sujeto vulnerable” que, por el solo hecho de iniciar una relación afectiva con un varón, incluso sin convivencia, se sitúa en una posición subordinada que requiere de una específica tutela penal, equiparada a la que el segundo inciso del art. 153.1 CP dispensa a toda “persona especialmente vulnerable”. Este enfoque resulta inaceptable en la sociedad actual, que no admite el viejo rol de la mujer como “sexo débil” que históricamente le colocaba en una posición equivalente a la de los menores e incapaces, de quienes se presume una posición de debilidad sin posibilidad de prueba en contrario. Esta perspectiva resulta contraria al art. 10.1 de la Constitución, que consagra la dignidad de la persona como uno de los fundamentos de nuestro sistema constitucional y cuya noción se halla en la base del concepto de derechos fundamentales (STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 4), debiéndose recordar que la dignidad de la persona, que encabeza el título I de la Constitución, constituye un primer límite a la libertad del legislador (STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 3).

No en vano todas las reformas penales realizadas desde la década de los años ochenta han procurado la apertura de los tipos penales a modalidades de comisión en las que el sexo de los sujetos no fuera relevante. Así, desde la reforma penal de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, no existe la agravante de “*desprecio de sexo*”, justificándose su eliminación durante los debates parlamentarios de abril de 1983 en la necesidad de “acabar con el mito de la debilidad de la mujer” porque hombres y mujeres nacen y viven radicalmente iguales en derechos, como proclama el art. 14 de nuestra Constitución y, como creo, es norma esencial - diría que de “*orden público*” - en cualquier ámbito de nuestro ordenamiento jurídico. Al tiempo, resulta profundamente injusto considerar que todas las mujeres tienen el mismo riesgo de opresión, como si sólo el sexo incidiera en el origen del maltrato, cuando lo cierto es que las condiciones socio-económicas desempeñan un papel que la Sentencia silencia.

Como señala el propio Abogado del Estado, que interviene en este proceso en representación del Gobierno, “no siempre la condición femenina arrastra fatalmente ese rasgo de vulnerabilidad que en última instancia justifica la inspiración protectora del precepto. 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”.

6. Los problemas de constitucionalidad no se resuelven con argumentos de legalidad.

Estimo también que la Sentencia se adentra en el ámbito propio de la jurisdicción ordinaria cuando realiza afirmaciones innecesarias y discutibles acerca del sujeto activo del delito tipificado en el primer inciso del art. 153.1 CP.

La generalidad de los órganos judiciales (como se evidencia en el documento auspiciado por el Observatorio de Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial que contiene los denominados “Setenta y tres criterios adoptados por Magistrados de Audiencias Provinciales con competencias exclusivas en violencia de género”) así como la Fiscalía General del Estado en su Circular 4/2005, de 18 de julio, han venido considerando, desde la entrada en vigor del precepto, que los términos contrapuestos utilizados por el legislador en la descripción del ámbito subjetivo: “ofendida”, en género femenino, para el sujeto pasivo y “él”, en género masculino, para el sujeto activo, determina que en el caso del primer inciso del art. 153.1 CP, sujeto activo sólo pueda serlo el hombre y sujeto pasivo la mujer sobre la que aquél se ejerce violencia derivada de una actual o anterior relación de pareja, aún sin convivencia. Más aún, los nuevos órganos judiciales creados para el enjuiciamiento de estos delitos son denominados por la Ley como Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

Sin embargo, la Sentencia afirma en el FJ 4 que “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”, insistiéndose en el FJ 9 *ab initio* que tal interpretación “no es la única posible”. Creo que se trata de una cuestión de legalidad ordinaria sobre la que este Tribunal no debiera pronunciarse salvo para corregir, en su caso, una interpretación extensiva del tipo penal que vulnerase el principio de legalidad (art. 25.1 CE). Por el contrario, resulta improcedente el esfuerzo de la Sentencia en buscar una supuesta autoría femenina para el primer inciso del art. 153.1 CP, por cuanto significa avalar o propiciar una aplicación extensiva “*in malam partem*” de la norma punitiva.

7. Expreso, por último, mi deseo de que esta Sentencia no marque el inicio en nuestro ordenamiento del cumplimiento del sueño de Mezger: dos Derechos penales; un Derecho penal para la generalidad, en el que, en esencia, seguirán vigentes los principios que han regido hasta ahora. Y, junto a él, un Derecho penal completamente diferente, para grupos especiales de determinadas personas.

Dejo constancia de mi posición en este Voto.

En Madrid, a 14 de mayo de 2008.