

VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas, respecto a la Sentencia del Pleno de fecha 14 de mayo de 2008 dictada en la Cuestión de Inconstitucionalidad núm. 5939/2005.

En el ejercicio de la facultad que nos confiere el art. 90.2 de LOTC y con el pleno respeto a la opinión de la mayoría, expreso mi discrepancia con la Sentencia que fundo en las siguientes consideraciones:

1.- Parto de la base de que la cuestión planteada ante este Tribunal por la Magistrada Juez de lo Penal núm. 4 de Murcia, sobre el art. 153.1. del Código Penal, reformado por la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, está formulada con gran rigor jurídico y asentada en sólidos argumentos, hasta el punto de que si la interpretación del precepto, que se hace razonablemente en el correspondiente Auto, fuera la única posible, conduciría inexorablemente a la declaración de inconstitucionalidad; conclusión a la que también llega la Sentencia de la mayoría en el FJ. 4.

La circunstancia metajurídica, pero atendible en caso de alguna duda, de que la pura y simple expulsión del ordenamiento jurídico del referido artículo del Código Penal propiciaría la revisión de miles de Sentencias dictadas por los Jueces de lo Penal y las Audiencias Provinciales que lo han aplicado –lo que, además prueba la posibilidad de otras interpretaciones- me condujo a aceptar la búsqueda de alguna otra que resultara conforme a la Constitución.

2.- El número 1 del art. 153 del Código Penal, describe una conducta punible : la del “que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psiquico o una lesión no definidas como delito en este Código, o golpeará o maltratará de obra a otro sin causarle lesión...”

De esta conducta, y según el propio precepto, pueden ser víctimas dos clases de personas; en primer lugar una mujer y solo una mujer, “cuando la

agredida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él (el agresor hombre) por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia...” y en segundo lugar, también puede ser víctima del delito cualquier “... persona especialmente vulnerable que conviva con el autor...” .

Contemplando el precepto en su literalidad y sobre todo , atendida conjuntamente esta descripción de los posibles sujetos pasivos del delito, pudiera haberse pensado que el legislador presume que la mujer ligada a un hombre por una relación afectiva, presente o pretérita, ya conviva o no con él, está en una situación de especial vulnerabilidad; pero esa idea fue desechada por la Sentencia, de acuerdo con la tesis de la Magistrada Juez proponente de la cuestión de inconstitucionalidad, por ser contraria a la dignidad de la persona (art. 10 CE), al venir a equiparse a la mujer en dichas circunstancia con los niños, los ancianos, los impedidos , etc.

De otro lado, si se analiza el precepto separadamente y poniendo el foco de atención solo en la parte en que se establece que la víctima ha de ser una mujer relacionada sentimentalmente con el agresor, resulta imposible eludir la inconstitucionalidad por vulneración del principio de igualdad y, además, por contener una discriminación por razón de sexo en perjuicio del hombre, lo que es aún mas visible en el caso de agresiones recíprocas, en que los mismos hechos, producidos simultaneamente, pueden ser objeto de sanciones de gravedad diferente.

4.- En la Sentencia de la mayoría se encuentra una solución, haciendo una interpretación finalista, al entender que la agresión del hombre a la mujer en el contexto de una relación sentimental tiene un superior desvalor que la misma conducta de la mujer hacia el hombre, por la secular situación de sometimiento de unas a otros en las relaciones de pareja, lo que genera una mayor gravedad y, por ende, un reproche social mayor , que legitiman la diferencia de trato penal; todo ello según se anunciaba en la Exposición de Motivos de la Ley 1/2004 y se plasmó en el art. 1.1. de la misma, al que la Sentencia se remite.

Con esta formula yo estaba de acuerdo, pero creo también que supone añadir algo al tipo penal en cuya descripción no está expreso y aunque se considere que esos sucesivos mayor desvalor, gravedad y reproche social hacia el hombre agresor de la mujer, pueda considerarse implícito o ínsito en el tipo penal, la realidad es que es nuestra interpretación la que lo aflora y ello obligaba, en mi opinión y reiterando mi respeto a la contraria, a hacer una Sentencia interpretativa que así lo expresara en el fallo, bien directamente o bien, al menos, por remisión a algún párrafo conclusivo de un Fundamento Jurídico.

Ciertamente, la introducción de un elemento en un tipo penal, aunque se reputa implícito o insito plantea también la cuestión de si ello podría abrir paso a otro problema: el de la afectación al principio de legalidad y taxatividad penal que impone el art. 25 CE, pero esa cuestión, aunque se planteó, no llegó a ser examinada en la deliberación, y por ello, no puedo tratarla aquí, a pesar de que creo que tendría solución para permitir la interpretación conforme a la Constitución.

4. Finalmente, con la fórmula que propuse y no se aceptó, no se podría producir una generalización de revisiones de condenas dictadas en el pasado, ni en el futuro se obligaría a la mujer agredida a probar algún elemento complementario de la agresión sufrida,.

En cuanto a lo primero, porque muchas de las Sentencias dictadas hasta ahora en aplicación del artículo controvertido del Código Penal lo han sido con fórmulas similares de integración interpretativa,.

En cuanto a lo segundo, porque lo que el legislador hizo al redactar la reforma del art. 153. 1 CP. fue establecer una agravante específica, cuya concurrencia no tiene que ser objeto de una prueba separada de la realizada en conjunto respecto de los hechos denunciados; precisamente en base a los hechos probados y a cuya prueba han de acudir el Fiscal y, en su caso, el Abogado de la Acusación Particular, es como el Juez o la Sala han de valorar si se ha acreditado la circunstancia agravante para aplicar el precepto que corresponda,

lo que, además, permite al juzgador penal, individualizar los casos en que, eventualmente, pueda ponerse de manifiesto que no concurre aquél mayor desvalor.

Por lo expuesto manifiesto mi voto contrario al fallo desestimatorio de la Sentencia, ya que debió serlo estableciendo la interpretación conforme a la Constitución que venía a contenerse en sus Fundamentos.

Madrid, catorce de mayo de 2008

Fdo. Ramón Rodríguez Arribas