

NOTAS DE JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional (*)

SUMARIO: I. CONSTITUCIÓN. A. Fuerza normativa. B. Interpretación. II. DERECHOS Y LIBERTADES. A. Derechos fundamentales y libertades públicas. B. Derechos y deberes de los ciudadanos. C. Principios rectores de la política social y económica. D. Garantía y suspensión de estos derechos. III. PRINCIPIOS JURÍDICOS BÁSICOS. IV. INSTITUCIONES DEL ESTADO. A. La Corona. B. Las Cortes Generales. C. El Tribunal Constitucional. D. La Administración Pública. E. El Poder Judicial. V. FUENTES. VI. ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO. A. Comunidades Autónomas. A.1. Autonomía. B.2. Competencias. B. Corporaciones Locales. A.1. Autonomía B.2. Competencias. VII. ECONOMÍA Y HACIENDA. A. Principios generales. B. Presupuestos. C. Organización territorial. D. Tribunal de Cuentas.

Sentencia 12/2008, de 29 de enero (BOE de). Ponente: Pérez Vera (Cuestión de inconstitucionalidad y recurso de inconstitucionalidad acumulados).

Preceptos constitucionales: Art. 6 en relación con el art. 22, 14 y 23; 16.1, 20.1.a) y 68.5 CE.

otros:

Objeto: Artículo 44 bis de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general, introducido por la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante, LOIMH), por posible vulneración del art. 23, en relación con los arts. 6 y 14 CE.

Materias: Igualdad y diferenciación por razón de sexo. Criterios de igualdad en la configuración de las listas electorales

(*) Subsección preparada por FRANCISCO ESCRIBANO.

La disposición adicional impugnada se inserta en una Ley cuyo título –Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres– resulta expresivo de su finalidad que no es otra que alcanzar la igualdad material, sustancial, entre ambos sexos. Para lograr este objetivo la Ley en sus diferentes artículos y disposiciones utiliza distintas técnicas, entre otras el recurso a acciones positivas y medidas de discriminación positiva a favor de la mujer, la obligación de un equilibrio entre sexos a la hora de la presentación de candidaturas electorales, o la implantación de otras medidas formales de igualdad, predicables de ambos sexos. De ese conjunto de medidas contenidas en la Ley se impugnan sólo las normas relativas al citado equilibrio entre sexos en las candidaturas electorales a ellas se ciñe la presente resolución del TC. Comenzará el TC recordando que “*los Tratados internacionales no constituyen canon para el enjuiciamiento de la adecuación a la Constitución de normas dotadas de rango legal (SSTC 49/1988, FJ 14; 28/1991, FJ 5; 254/1993, FJ 5)*” (STC 235/2000, FJ 11), lo que no puede ser óbice para subrayar la importancia que reviste la remisión constitucional (art. 10.2 CE) a determinados instrumentos de Derecho internacional como criterio interpretativo de los derechos fundamentales. Reitera el TC su doctrina de la STC 236/2007: “*esa decisión del constituyente expresa el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incorporararnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado*” (FJ 3). Para el TC tanto los textos de Derecho internacional general, como los gestados en el seno del Consejo de Europa en torno al Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, ponen de relieve que la búsqueda de la igualdad formal y material entre mujeres y hombres constituye una piedra angular del Derecho internacional de los derechos humanos. Conclusión que resulta avalada también en el ámbito del Derecho comunitario, en el que la modificación reciente del Tratado de la Comunidad Europea por el Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007, ha dotado de mayor relieve a la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres. La inclusión de la igualdad en este cuadro de valores fundamentales tiene como correlato la asunción de un compromiso de fomento de la misma en el segundo párrafo del nuevo art. 2.3 del Tratado de la Comunidad Europea; ninguna mención, sin embargo, se hace a los instrumentos que cada Estado utilice para el logro de esta finalidad. Será en este ámbito en el que hay que situar las consideraciones sobre el Derecho comparado que se contienen en los escritos presentados en ambos procesos. Se destacará que los avatares de las jurisprudencias italiana y francesa se explican justamente a partir de una diferencia fundamental entre aquellos ordenamientos y el español, cual es la de la singularidad que en el caso español supone la amplitud del contenido del art. 9.2 CE que se proyecta ex-

presamente a la participación política y que a la idea de remover añade, además, las de promover y facilitar. De ahí que la introducción en los países del entorno español de medidas similares a las aquí controvertidas haya ido precedida de reformas constitucionales que han incorporado la idea de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito de la representación política en términos similares a los que se figuran desde un principio en la Constitución española que constituye el único canon de constitucionalidad. La medida controvertida pretende una fórmula de equilibrio entre sexos no impone una total igualdad entre hombres y mujeres, sino la regla de que unos y otras no podrán integrar las candidaturas electorales en una proporción inferior al 40 por 100 siendo su efecto bidireccional; tanto para los recurrentes como para el cuestionante esa medida pudiera haber comportado el sacrificio de determinados principios y derechos constitucionales; en particular, del principio de igualdad (arts. 14 y 23 CE), del derecho de participación en los asuntos públicos (art. 23 y 68.5 CE) y del derecho de asociación en partidos políticos (arts. 6 y 22 CE) capaces para la articulación de la voluntad política de los ciudadanos alrededor de cualquier ideología [arts. 16 y 20.1 a) CE]; al tiempo que la quiebra de categorías tan básicas del Estado democrático como puede ser el principio de unidad del pueblo soberano. El punto de partida del análisis del TC se sitúa en el hecho de que el requisito del equilibrio electoral entre sexos tiene por únicos destinatarios directos a quienes pueden presentar candidaturas, esto es, exclusivamente a los partidos, federaciones y coaliciones de partidos y a las agrupaciones de electores; será criterio del TC que no se trata de una condición de elegibilidad/causa de inelegibilidad, por lo que no afecta inmediatamente al derecho de sufragio pasivo individual; constituirá una condición referida a partidos políticos y a agrupaciones de electores, es decir, a entidades jurídicas que no son sujetos de los derechos de sufragio activo y pasivo, cuya vulneración se denuncia. Se planteará el problema constitucional de fondo en el ámbito de los arts. 6 y 9.2 CE, con conexiones inmediatas con los arts. 22 y 16 CE y una inevitable derivación hacia el principio de igualdad (arts. 14 y 23 CE); principalmente, en la medida en que el aludido equilibrio también se exige de las agrupaciones de electores. Resultará evidente para el TC que la dimensión igualitaria también concurre aunque solo lo haga como una perspectiva superpuesta a la principal, es decir, a la que atiende a la libertad de los partidos políticos y de las agrupaciones de electores en la definición de sus candidaturas como medio cualificado para la realización de su cometido constitucional en tanto que instrumentos para la participación política ciudadana. Será la primera cuestión a resolver la de la legitimidad constitucional de la imposición a los partidos políticos de la obligación de presentar candidaturas con *una composición equilibrada de mujeres y hombres* en porcentajes que siempre aseguren un mínimo del 40 por 100 para cada sexo. La respuesta la buscará el TC tanto en el análisis del mandato de sustantivación de la igualdad formal, contenido en el art. 9.2 CE, como en el de la configuración constitucional de los partidos políticos

(art. 6 CE); en relación con el primero de los preceptos constitucionales citados, ha tenido ocasión el Tribunal de afirmar que *“la igualdad que el art. 1.1 de la Constitución proclama como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico –inherente, junto con el valor justicia, a la forma de Estado Social que ese ordenamiento reviste, pero también, a la de Estado de Derecho– no sólo se traduce en la de carácter formal contemplada en el art. 14 y que, en principio, parece implicar únicamente un deber de abstención en la generación de diferenciaciones arbitrarias, sino asimismo en la de índole sustancial recogida en el art. 9.2, que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la de los individuos y de los grupos sea real y efectiva”* (STC 216/1991, FJ 5); a tenor de esta doctrina considerará el TC que el art. 9.2 CE expresa la voluntad del constituyente de alcanzar no sólo la igualdad formal sino también la igualdad sustantiva, al ser consciente de que únicamente desde esa igualdad sustantiva es posible la realización efectiva del libre desarrollo de la personalidad; al tiempo, estimará que en su atención el constituyente completa la vertiente negativa de proscripción de acciones discriminatorias con la positiva del favorecimiento de esa igualdad material; la incorporación de esa perspectiva es propia de la caracterización del Estado como social y democrático de Derecho con la que se abre el articulado de nuestra Constitución y que trasciende a todo el orden jurídico (STC 23/1984, FJ 4). Una caracterización a la que se debe reconocer pleno sentido y virtualidad en la interpretación del alcance de los diversos preceptos constitucionales en ese sentido recordará el TC que *“la Constitución no es la suma y el agregado de una multiplicidad de mandatos inconexos, sino precisamente el orden jurídico fundamental de la comunidad política, regido y orientado a su vez por la proclamación de su art. 1, en su apartado 1, a partir de la cual debe resultar un sistema coherente en el que todos sus contenidos encuentren el espacio y la eficacia que el constituyente quiso otorgarles”* (STC 206/1992, FJ 3); subrayará así el TC que la caracterización del modelo de Estado como social y democrático de Derecho, con los valores superiores de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político que dotan de sentido a esta caracterización, representa el fundamento axiológico para la comprensión del entero orden constitucional; afirmándose, al tiempo, que este precepto constitucional encomienda al legislador la tarea de actualizar y materializar la efectividad de la igualdad que se proyecta, entre otras realidades, en el ámbito de la representación; reclamará para sí el TC la competencia para examinar si las decisiones adoptadas al respecto son acordes con el marco constitucional aquí definido; del art. 9.2 CE deriva la justificación constitucional de que los cauces e instrumentos establecidos por el legislador faciliten la participación de todos los ciudadanos, removiendo, cuando sea preciso, los obstáculos de todo orden, tanto normativos como estrictamente fácticos, que la impidan o dificulten y promoviendo las condiciones garantizadoras de la igualdad de los ciudadanos; y añadirá el TC, la igualdad sustantiva no sólo facilita la participación efectiva de todos en los asuntos públicos, sino que es un elemento definidor de la noción de ciudadanía. La legitimidad constitucional de la condición impuesta a los partidos por el art. 44 bis LOREG,

ha de ser afirmativa, porque, argumenta el TC, toda vez que los partidos políticos, como asociaciones cualificadas por sus funciones constitucionales (STC 48/2003), son cauce válido para el logro de la sustantivación de la igualdad formal propugnada por el art. 9.2 CE, precepto en el que encontrará el TC el fundamento de la legitimidad a las configuraciones legislativas del estatuto jurídico de los partidos, o de sus actividades con relevancia pública, orientadas a la realización efectiva de un principio tan fundamental del orden constitucional como es el de la igualdad (arts. 1.1 y 14 CE). Subrayará, de nuevo, el TC cómo la disposición adicional segunda impugnada incorpora el principio de composición equilibrada de mujeres y hombres como condicionante de la formación de las listas electorales. Principio que se concreta en la exigencia de que *“en el conjunto de la lista los candidatos de cada uno de los sexos supongan como mínimo el cuarenta por ciento”* (art. 44 bis.1). Será criterio del TC que estas previsiones no suponen un tratamiento peyorativo de ninguno de los sexos, que ni siquiera plasman un tratamiento diferenciado en razón del sexo de los candidatos, habida cuenta de que las proporciones se establecen por igual para los candidatos de uno y otro sexo; se trata de una medida que atiende al criterio (el sexo) que de manera universal divide a toda sociedad en dos grupos porcentualmente equilibrados. Será criterio del TC que el art. 44 bis LOREG persigue la efectividad del art. 14 CE en el ámbito de la representación política, donde, las mujeres han estado siempre materialmente preteridas. Exigir de los partidos políticos que cumplan con su condición constitucional de instrumento para la participación política (art. 6 CE), mediante una integración de sus candidaturas que permita la participación equilibrada de ambos sexos, supone servirse de los partidos para hacer realidad la efectividad en el disfrute de los derechos exigida por el art. 9.2 CE; y esto lo considerará el TC coherente con el principio democrático que reclama la mayor identidad posible entre gobernantes y gobernados. En atención a que los partidos políticos, dada *“su doble condición de instrumentos de actualización del derecho subjetivo de asociación, por un lado y de cauces necesarios para el funcionamiento del sistema democrático, por otro”* (STC 48/2003, FJ 5), coadyuvan por imperativo legal a la realización de un objetivo previsto inequívocamente en el art. 9.2 CE no es cuestión que pueda suscitar reparos de legitimidad constitucional; será su condición de instrumento para la participación política y de medio de expresión del pluralismo como sujetos que concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular (art. 6 CE) lo que cualifica su condición asociativa como partidos y los diferencia netamente de las demás asociaciones; será así perfectamente legítimo que el legislador defina los términos del ejercicio de esas funciones y cometidos de modo que la voluntad popular a cuya formación y expresión concurren y la participación para la que son instrumento sean siempre el resultado del ejercicio de la libertad y de la igualdad *“reales y efectivas”* de los individuos, como expresamente demanda el art. 9.2 CE. La libertad de presentación de candidaturas por los partidos no es, ni puede ser absoluta; el legislador ha limitado esa libertad imponiéndoles determinadas

condiciones para la confección de las candidaturas. Esta nueva limitación del equilibrio por razón de sexo no puede considerarse la única ni carece de fundamento constitucional. Entre las limitaciones que pueden encontrar los diversos partidos políticos, se encuentra la que es objeto ahora de control de constitucionalidad mas esa constrictión de la libertad del partido resulta perfectamente constitucional por legítima, por razonablemente instrumentada y por no lesiva para el ejercicio de derechos fundamentales; en suma, por satisfacer las exigencias constitucionales para limitar la libertad de los partidos y agrupaciones de electores para confeccionar y presentar candidaturas, que en sentido propio ni siquiera es un derecho fundamental, sino una atribución, implícita en la Constitución (art. 6 CE), que les confiere el legislador que goza de una amplia libertad de configuración ; la validez constitucional de estas medidas resulta clara, en criterio del TC; éste considerará legítimo el fin de la consecución de una igualdad efectiva en el terreno de la participación política (arts. 9.2, 14 y 23 CE); le resultará razonable el régimen instrumentado por el legislador que se limita a exigir una composición equilibrada con un mínimo del 40 por 100 y sin imposición de orden alguno, no obstante las excepciones contempladas en la norma; al tiempo, considerará inocuo para los derechos fundamentales de quienes, siendo sus destinatarios, los partidos políticos, no son, por definición, titulares de los derechos fundamentales de sufragio activo y pasivo. Por lo que se refiere a la aducida vulneración del art. 6 CE en conexión con el art. 22, el TC ha identificado cuatro facetas o dimensiones del derecho fundamental de asociación –libertad de creación de asociaciones y de adscripción a las ya creadas; libertad de no asociarse y de dejar de pertenecer a las mismas; libertad de organización y funcionamiento internos sin injerencias públicas; y, como dimensión *inter privados*, garantía de un haz de facultades a los asociados individualmente considerados frente a las asociaciones a las que pertenecen o a las que pretenden incorporarse (STC 133/2006, FJ 3)–, sin que el motivo impugnatorio objeto de la *litis* se refiera de ellas sino más bien a la libertad de actuación externa. En relación con los ámbitos señalados, en la medida en que la normativa cuestionada no atañe a la vertiente individual del derecho fundamental, descartará el TC que produzca intromisión en las dos primeras dimensiones, libertades positiva y negativa de asociación, así como tampoco en la denominada “*dimensión inter privados*” del derecho fundamental de asociación; tampoco considerará la existencia de vulneración alguna de la dimensión relativa a la libertad de organización y funcionamiento internos; por último, añadirá el TC que la limitación de la libertad de actuación de las formaciones políticas que se plasma en la normativa controvertida no constituye una vulneración del art. 6, en conexión con el art. 22 CE; el Tc considera que esa limitación no es en sí misma inconstitucional; en todo caso, el mandato de equilibrio entre sexos que se impone a los partidos, limitando una libertad de presentación de candidaturas que no les está atribuida por ser asociaciones, sino específicamente por ser partidos políticos, ha de ser considerada una limitación proporcionada y, por tanto,

constitucionalmente legítima. Será criterio del TC que la normativa impugnada tampoco vulnera la libertad ideológica de los partidos políticos ni su libertad de expresión [arts. 16.1 y 20.1 a) CE]; no puede decirse, según el TC que el art. 44 bis LOREG no hace innecesarios los partidos o idearios feministas, pero, a partir de ese precepto, es el propio art. 9.2 CE el que convierte en constitucionalmente lícita la imposibilidad de presentar candidaturas que quieran hacer testimonio feminista con la presentación de listas integradas únicamente por mujeres, de acuerdo con la concreción normativa de esos principios; un ideario feminista radical que pretenda el predominio femenino no podrá ser constitucionalmente prohibido, pero tampoco podrá pretender sustraerse al mandato constitucional de la igualdad formal (art. 14 CE) ni a las normas dictadas por el legislador para hacer efectiva la igualdad material tal como establece el 9.2 CE; la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres no impide la existencia de partidos con una ideología contraria a la igualdad efectiva entre los ciudadanos; el TC ya ha señalado que en nuestro sistema no tiene cabida un modelo de “*democracia militante*” que imponga la adhesión positiva al ordenamiento y a la Constitución (SSTC 48/2003, FJ 7, y 235/2007, FJ 4); como ya indicó el TC, el régimen constitucional se sustenta, por circunstancias históricas ligadas a su origen, en la más amplia garantía de los derechos fundamentales, que no pueden limitarse en razón de que se utilicen con una finalidad anticonstitucional; el requisito de que las formaciones políticas que pretendan participar en los procesos electorales hayan de incluir necesariamente a candidatos de uno y otro sexo en las proporciones recogidas en la disposición adicional segunda LOIMH no implica la exigencia de que esas mismas formaciones políticas participen de los valores sobre los que se sustenta la llamada democracia paritaria; no se impide la existencia de formaciones políticas que defiendan activamente la primacía de las personas de un determinado sexo, o que propugnen postulados que pudiéramos denominar “machistas” o “feministas”; interpretará el TC que lo que exige la disposición adicional es que cuando se pretenda defender esas tesis accediendo a los cargos públicos electivos se haga partiendo de candidaturas en las que se integran personas de uno y otro sexo; tampoco padecerá la libertad ideológica de los partidos en general, es decir, de los que no hacen del feminismo el núcleo de su definición ideológica; es criterio del TC que no desaparecerá el componente instrumental de esa libertad en que consiste su capacidad para incluir en sus candidaturas a quienes resulten más capacitados o idóneos para la oferta pública de su programa en la concurrencia electoral y, en su caso, para defender el programa del partido en el seno de las instituciones en las que hayan podido integrarse como representantes de la voluntad popular; esa libertad de los partidos no es, como ya se ha dicho, absoluta o ilimitada, y también se ve condicionada por todos los requisitos jurídicos constitutivos de la capacidad electoral, entre otros, el de la nacionalidad, o por aquellos que, como el ahora examinado, no afectan a aquella capacidad individual, sino a los partidos y agru-

paciones habilitados para la presentación de candidaturas, y entre los que se cuenta la exigencia de un número determinado de candidatos o cuanto implica el sistema de listas bloqueadas; dada la legitimidad constitucional de la nueva exigencia del equilibrio entre sexos impuesta a los partidos para la presentación de candidaturas, rechazará el TC que tal medida vulnere las libertades garantizadas en los arts. 16.1 y 20.1 a) CE; si se sostuviera que la limitación de la libertad de presentación de candidaturas pudiese afectar a los derechos de los arts. 16.1 y 20.1 a) CE, tal limitación habría de entenderse constitucionalmente legítima, en cuanto que resultaría proporcionada según las razones expuestas en el FJ 5 de la STC que comentamos; resulta obvio que tanto las formaciones políticas como los ciudadanos individualmente considerados podrán defender y postular la reforma de lo establecido en la disposición adicional segunda LOIMH en legítimo ejercicio de sus libertades ideológica y de expresión; ello conduce, inexorablemente, a la desestimación de estos motivos de impugnación. Considera el TC que esta doctrina en relación con los partidos políticos, requiere de alguna matización para el caso de las agrupaciones de electores, dada la distinta naturaleza de unos y otras, como ya se señaló en las SSTC 16/1983, FFJJ 3 y 4, y 85/2003, (FJ 24): si los partidos no son sujetos del derecho fundamental de sufragio (pasivo o activo), sino sólo los ciudadanos, cuya ajenidad es patente respecto del partido que los presenta en sus candidaturas, un efecto similar puede predicarse de las agrupaciones de electores, que no están contempladas en la Constitución, y que son la reunión de sujetos individuales encaminada al solo fin de la presentación de candidaturas, es decir, de concurrir a la contienda electoral al margen de los partidos. Considerará el TC que no puede olvidarse que en el partido político se da una alteridad entre el partido en sí y sus candidaturas, mientras que las agrupaciones de electores se enlazan inexorablemente con las candidaturas que presentan; importará, en este caso, no esa diferencia conceptual, estructural y organizativa entre partidos y agrupaciones y será determinante es que ni unos ni otras son titulares del derecho de sufragio pasivo; los miembros de una agrupación de electores no ejercen el derecho de sufragio pasivo, como tampoco lo ejercen los miembros de los órganos de los partidos políticos competentes al efecto; unos y otros sólo ejercen tal derecho si además de promover una candidatura se integran en ella; los miembros de una agrupación de electores no candidatos ejercen el derecho de participación en los asuntos públicos lato sensu (art. 23.1 CE), pero no el específico derecho de participación consistente en concurrir como candidatos en unas elecciones; este derecho no comprende la facultad de formar candidaturas con libertad plena, sino en las condiciones fijadas en la ley; entre ellas es legítimo que figure el principio de composición equilibrada, que encuentra fundamento en el art. 9.2 CE. Se planteará, además el TC si imponer a dichas agrupaciones que las candidaturas que presenten respeten la condición del equilibrio entre sexos podría entenderse que supone condicionar de algún modo la elegibilidad de los integrantes de las mismas; será su criterio que es indudable

que formalmente no hay una causa de inelegibilidad ni tampoco materialmente por el hecho de que se obligue a la agrupación a presentar candidaturas donde los ciudadanos que las compongan hayan de buscar el concurso de otras personas, atendiendo al dato del sexo; tal exigencia encuentra fundamento en el art. 9.2 CE; a quien pretenda ejercer el derecho de sufragio pasivo a través de una agrupación no sólo se le exigirá no estar incurso en las causas de inelegibilidad previstas en la Ley electoral, sino también cumplir con otras condiciones que no afectan a su capacidad electoral *stricto sensu*; no cabiendo la candidatura individual, se obliga al sujeto a la búsqueda de compañía, sin embargo, nadie diría que esa exigencia supone una vulneración material del derecho de sufragio pasivo; o que la soledad se convierte en una causa de inelegibilidad; es criterio del TC que a la exigencia de concurrir en una lista se añada la de que ésta tenga una composición equilibrada en razón del sexo no cercena de manera intolerable las posibilidades materiales de ejercicio del derecho. Se trata de una condición que se integra con naturalidad en el ámbito disponible al legislador en sus funciones de configuración del derecho fundamental de participación política: se configura así un derecho de ejercicio colectivo en el seno de una candidatura cuya integración personal se quiere sea reflejo de la propia integración de la comunidad social, esto es, sexualmente equilibrada. Al igual que en el caso de los partidos políticos no se condiciona así la composición de las candidaturas promovidas por agrupaciones de electores con arreglo a criterios diferenciadores determinantes de una dialéctica mayoría/minoría, como sucedería si se exigiera la presencia de un número o porcentaje de personas de determinada raza o de un cierto arco de edad, sino que el criterio atendido es aquel que en todo caso, de manera universal, divide a la sociedad en dos grupos cuantitativamente equilibrados; en virtud del art. 9.2 CE se persigue que ese equilibrio material se traslade desde la sociedad a los órganos políticos de representación ciudadana; lo que resulta coherente con el principio democrático; se pretenderá que la igualdad efectivamente existente en cuanto a la división de la sociedad con arreglo al sexo no se desvirtúe en los órganos de representación política con la presencia abrumadoramente mayoritaria de uno de ellos; una representación política que se articule desde el presupuesto de la divisoria necesaria de la sociedad en dos sexos es perfectamente constitucional, pues se entiende que ese equilibrio es determinante para la definición del contenido de las normas y actos que hayan de emanar de aquellos órganos; Exigir a quien quiera ejercer una función representativa y de imperio sobre sus conciudadanos que concurra a las elecciones en un colectivo de composición equilibrada en razón del sexo es garantizar que compartirá con todos los representantes una representación integradora de ambos sexos que es irrenunciable para el gobierno de una sociedad que así, necesariamente, está compuesta; las medidas impugnadas, en su aplicación a las agrupaciones de electores, por las razones expuestas y por las mismas apuntadas en el FJ 5, desde la perspectiva de las limitaciones a la libertad de los partidos políticos en la confección y

presentación de candidaturas, supera el canon de proporcionalidad por ser su fin legítimo de acuerdo con el art. 9.2 CE y resultar razonables y adecuadas a la finalidad perseguida. No encontrará el TC obstáculos desde el punto de vista de los derechos fundamentales alegados, para imponer la referida condición a las agrupaciones de electores, y apreciará que resulta adecuado que, realizando idéntica función electoral, en cuanto a la presentación de candidaturas que los partidos políticos, hayan de tener el mismo tratamiento respecto del deber legal de que esas candidaturas estén equilibradas en razón del sexo. No le dará acogida, tampoco, el TC al reproche de los recurrentes a cuyo tenor las excepciones a la aplicación general del nuevo art. 44 bis LOREG introducidas por los nuevos arts. 187.2 y 201.3 ponen de manifiesto la falta de un fundamento objetivo y razonable de las reformas legislativas controvertidas pues operan sobre los supuestos en los que resulta más manifiesta la tradicionalmente escasa participación de la mujer en la vida política, en atención a su interpretación del precepto legal impugnado y de su finalidad y el fundamento que a su legitimidad constitucional ofrece el art. 9.2 CE que no impone una regulación como la cuestionada, aunque sí le presta el apoyo señalado para la sustanciación de la igualdad y la participación efectivas de hombres y mujeres a que la norma se dirige y que la Constitución expresamente demanda; es criterio del TC que el art. 9.2 CE no obliga a que esa regulación se exija en todos los casos, correspondiendo a la libertad de configuración del legislador democrático el diseño del régimen electoral en los términos vigentes hasta la entrada en vigor de la reforma del art. 44 bis LOREG o en los del nuevo precepto legal, que, sin duda, contribuye a la realización del mandato que inequívocamente dirige el art. 9.2 CE a los poderes públicos, con las excepciones que los Diputados recurrentes cuestionan; excepciones que, por lo demás, persiguen facilitar o flexibilizar su aplicación, constituyendo instrumentos particularmente apropiados para satisfacer las exigencias de la proporcionalidad de la nueva regulación legal; los arts. 187.2 y 201.3 LOREG excepcionan la exigibilidad del principio de presencia o composición equilibrada de las listas electorales en unas determinadas circunscripciones electorales caracterizadas por su reducida población, de modo que en ellas tan legítimas resultarán las candidaturas conformadas mayoritariamente por hombres como aquellas integradas principalmente por mujeres. Al segundo párrafo del nuevo art. 44 bis 1 LOREG se reprocha que da cobertura al establecimiento de normas que eleven la cuota de representación de la mujer hasta acercarla al 50 por 100 en la composición de las listas de candidatos a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas; esta habilitación en sí misma encuentra cobertura constitucional en el art. 9.2 CE; su aplicación concreta puede realizarse a través de diferentes fórmulas respecto de las cuales el TC no se pronuncia ahora porque entiende que no corresponde a este Tribunal efectuar pronunciamientos preventivos sobre legislaciones hipotéticas o sobre legislaciones que, aunque ya existieran, no son objeto del presente proceso. En relación con la posible vulneración por la normativa

recurrida de los arts. 14 y 23 CE el propio contenido de los preceptos en cuestión permite al TC rechazar este tipo de reflejo de vulneración; en lo que se refiere a la igualdad de los ciudadanos, no cabe apreciar que una medida legal como la impugnada pueda suponer su infracción, ya que es justamente esa igualdad la que la propia medida asegura; las modificaciones de la Ley Orgánica del régimen electoral general objeto de nuestro estudio no incorporan fórmulas compensatorias a favor de las mujeres, en su calidad de grupo históricamente desfavorecido sino que plasman un criterio que se refiere indistintamente a los candidatos de uno y otro sexo, como pone de relieve el hecho de que el citado art. 44 bis LOREG establezca que las listas que se presenten a las elecciones allí mencionadas *“deberán tener una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que en el conjunto de la lista los candidatos de cada uno de los sexos supongan como mínimo el cuarenta por ciento”*. En relación con el derecho de sufragio pasivo importa reiterar que el art. 23.2 CE no incorpora entre sus contenidos un pretendido derecho fundamental a ser propuesto o presentado, por las formaciones políticas, como candidato en unas elecciones (STC 78/1987, de 26 de mayo, FJ 3); no puede entenderse, por tanto, quebrantado el contenido esencial del derecho de sufragio pasivo, identificado en la STC 154/2003 como la garantía de *“que accedan al cargo público aquellos candidatos que los electores hayan elegido como sus representantes, satisfaciéndose, por tanto, dicho derecho siempre que se mantenga la debida correlación entre la voluntad del cuerpo electoral y la proclamación de los candidatos ... [ibidem; también, STC 185/1999, FJ 2 c)]”* [FJ 6 c)]. Nada hay en la disposición adicional segunda LOIMH que altere la correlación entre la voluntad del cuerpo electoral manifestada mediante el ejercicio del derecho de sufragio activo y los candidatos que hayan obtenido la confianza de los electores y, en cuanto tales, deban ser proclamados electos y acceder a los cargos públicos electivos. El principio de composición equilibrada es un instrumento al servicio de la igualdad de oportunidades en el ejercicio del derecho de sufragio pasivo pues informa la elaboración de las candidaturas; sólo cabría plantearse una eventual vulneración del contenido esencial del derecho fundamental proclamado en el art. 23.2 CE si su aplicación se efectuara en la fase de proclamación de candidatos electos, operando a partir de los resultados electorales. En relación con el derecho de sufragio activo, estima el TC que del mismo modo que del art. 23.2 CE no cabe inferir la exigencia de un determinado sistema electoral, o de un determinado mecanismo de atribución de los cargos representativos objeto de elección en función de los votos obtenidos (STC 75/1985, FJ 4), tampoco del art. 23.1 CE puede derivarse un derecho subjetivo de los ciudadanos a una concreta composición de las listas electorales. La afirmación de que nadie ostenta un derecho fundamental a ser presentado como candidato en unas elecciones (STC 78/1987, FJ 3) encuentra su natural correlato en la constatación de que tampoco nadie puede pretender ser titular del derecho fundamental a que las formaciones políticas enumeradas en el art. 44 LOREG presenten a terceras personas como candidatos. El derecho de sufragio activo recogido

en el art. 23.1 CE se ejerce por los ciudadanos mediante la elección, a través del sufragio libre, igual, directo y secreto, entre las opciones presentadas para su consideración por las formaciones políticas habilitadas al efecto por la legislación electoral, sin que forme parte de ese derecho la facultad de otorgar la condición de candidato a quien no fue propuesto como tal por los partidos políticos, agrupaciones de electores o federaciones de partidos; no aprecia el TC contradicción alguna entre la disposición adicional segunda LOIMH y los arts. 14 y 23.1 CE. Por lo que se refiere a la queja sobre la fragmentación del cuerpo electoral, no apreciará el TC que las medidas controvertidas quiebren la unidad de la categoría de ciudadano o entrañen un riesgo cierto de disolución del interés general en un conjunto de intereses parciales o por categorías; como ya se apuntó, el principio de composición equilibrada de las candidaturas electorales se asienta sobre un criterio natural y universal, como es el sexo; añadirá ahora que las previsiones de la disposición adicional segunda LOIMH no suponen la creación de vínculos especiales entre electores y elegibles, ni la compartimentación del cuerpo electoral en función del sexo. Los candidatos defienden opciones políticas diversas ante el conjunto del electorado y lo representarán también en su conjunto y no sólo a los electores de su mismo sexo. No atenderá, por eso, el argumento de los recurrentes de que el requisito de la paridad perjudica a la unidad del pueblo soberano en la medida en que introduce en la categoría de ciudadano la divisoria del sexo; el TC considerará bastante decir que el cuerpo electoral no se confunde con el titular de la soberanía, esto es, con el pueblo español (art. 1.2 CE), aunque su voluntad se exprese a través de él; este cuerpo electoral está sometido a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE), en tanto que el pueblo soberano es la unidad ideal de imputación del poder constituyente y como tal fundamento de la Constitución y del Ordenamiento. Las causas determinantes de la condición de elector no afectarán a esta unidad ideal, sino al conjunto de quienes, como ciudadanos, están sometidos al Ordenamiento español y no tienen más derechos que los que la Constitución les garantiza, con el contenido que determine el legislador constituido. Las mismas razones que nos llevan a descartar que las previsiones legales controvertidas introduzcan una nueva causa de inelegibilidad limitativa del ejercicio del derecho de sufragio pasivo o establezcan un vínculo más estrecho entre electores y elegibles en función del sexo que compartan introduciendo una división inaceptable en la unidad del pueblo soberano, conducen directamente a descartar la existencia de la vulneración del art. 68.5 CE denunciada por los Diputados que han interpuesto el recurso de inconstitucionalidad. Por lo expuesto concluirá el TC que la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres no es contraria a los arts. 23 y 68.5 CE.

Voto particular (Rodríguez-Zapata Pérez): Abrirá su disenso el Magistrado apuntando la paradoja que puede significar que en aplicación de la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo,

para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, por primera vez desde el inicio de nuestra democracia, veintiséis mujeres no hayan podido concurrir como candidatas a unas elecciones a causa de su condición de mujeres. Una aproximación superficial al problema de la representación política paritaria llevaría a creer que lo que se discute es algo tan simple como la conveniencia de que la proporción de mujeres que se postulen para ejercer cargos públicos representativos deba ser equivalente o aproximada a la de los varones; en ese caso el voto del disidente hubiera sido favorable, pero, se apunta, el problema es mucho más complejo puesto que, aplicado al ámbito de la representación política, el sistema de paridad altera las bases sobre las que está construida la soberanía popular y la libertad ideológica y de autoorganización de los partidos políticos; resumirá su posición estimando constitucionalmente válido que los partidos políticos puedan acoger en sus estatutos cláusulas que aseguren la participación de la mujer en las listas electorales, mas, al tiempo, considera que en nuestro modelo constitucional la imposición por ley de la paridad o de cuotas electorales vulnera el principio de unidad de la representación política y la libertad ideológica y de autoorganización de los partidos políticos, resultando lesionado el derecho de sufragio pasivo de los candidatos propuestos que queden excluidos de participar en el proceso electoral como consecuencia de la aplicación de la norma cuestionada. Estimaré que la reivindicación de la paridad se funda en la idea de que la división de la Humanidad en dos sexos tiene más fuerza y prevalece sobre cualquier otro criterio de unión o de distinción de los seres humanos; sin embargo, ha sido un principio fundamental desde los inicios del Estado liberal surgido de la Revolución francesa que la representación política no puede dividirse, porque es expresión de la voluntad general, es decir, sigue siendo cierto que los candidatos elegidos representan a todos los ciudadanos, no sólo a los que les votaron, ni siquiera sólo a los que votaron, sino también a los que no lo hicieron; representan a los que por ser menores, incapaces o estar condenados no pudieron votar, a los que pudiendo hacerlo se abstuvieron y a los que votaron en blanco; a todos representan. Así lo entendió tempranamente el TC al señalar que *“una vez elegidos, los representantes no lo son de quienes los votaron, sino de todo el cuerpo electoral”* (STC 10/1983, FJ 4) y que *“los Diputados, en cuanto integrantes de las Cortes Generales, representan al conjunto del pueblo español ... Otra cosa sería abrir el camino a la disolución de la unidad de la representación y con ello de la unidad del Estado”* (STC 101/1983, FJ 3). Consideraré que la cuestión esencial estribará en preguntarse ¿Es concebible dividir a los representantes políticos en categorías, con el fin de facilitar o asegurar un mínimo de elegidos de cada una, sin que resulte gravemente afectado el principio de la unidad y de la homogeneidad del cuerpo de ciudadanos? Si la respuesta es afirmativa ello permitirá al legislador, en un futuro, imponer al cuerpo electoral que en las candidaturas electorales deban figurar necesariamente personas integradas en colectivos definidos por la raza, la lengua, la orientación sexual, la religión, determinadas minusvalías congénitas, su condición de jóvenes o de personas de la

tercera edad, etc. sin que la Sentencia acierte a razonar convincentemente que, en adelante, el legislador no pueda introducir estos criterios al regular el derecho de sufragio pasivo, ya que la propia Sentencia (FJ 4) atribuye al legislador la tarea de “*actualizar y materializar*” la efectividad de la igualdad en el ámbito de la representación política. El art. 9.2 CE presenta una similitud tal con el art. 3.2 de la Constitución italiana de 1948 que inmediatamente sugiere que nuestro constituyente se inspiró en él, siendo así que en Italia fue precisa una reforma constitucional expresa para poder introducir normas de paridad electoral. A juicio del disidente, el art. 9.2 CE propicia medidas de fomento de la igualdad material y, de hecho, es en los países escandinavos donde la mujer ha logrado mayor presencia efectiva en las listas electorales, sólo con medidas positivas de fomento voluntariamente incorporadas a los estatutos de los partidos políticos. Al Estado Social de Derecho le corresponde remover los obstáculos que impidan o dificulten que la libertad y la igualdad del individuo sean efectivas y reales, adoptando medidas de fomento para que los colectivos que histórica o coyunturalmente han visto dificultado su acceso a los cargos públicos representativos puedan hacerlo en condiciones de igualdad real. el art. 44 bis LOREG, introducido por la Ley para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, más que mejorar la posición de partida de las mujeres para que éstas puedan alcanzar un determinado resultado lo que persigue es imponer directamente un resultado puesto que, en un sistema de listas electorales cerradas con alternancia impuesta, la igualdad de oportunidades se transforma en igualdad de resultados. La Sentencia destaca el carácter equilibrado y bidireccional de la Ley. Pero esa lectura hábil se ve contradicha por el propio texto legal, que olvida ese equilibrio en su art. 44 bis 1 *in fine* cuando habilita a las Comunidades Autónomas para que, en la elección de miembros de sus Asambleas Legislativas, sus leyes reguladoras puedan “*establecer medidas que favorezcan una mayor presencia de mujeres en las candidaturas que se presenten a las elecciones de las citadas Asambleas Legislativas*”; para que las medidas de acción positiva sean admisibles deben cumplir la condición de no producir efectos retrodiscriminadores (*reverse discrimination*), los cuales sí permite la nueva norma, como se ha evidenciado en los casos de las mujeres excluidas de los procesos electorales de Brunete y Garachico. Subrayará el disidente cómo de la jurisprudencia se infiere que el derecho de sufragio pasivo no puede ser modulado mediante afectación del principio de igualdad ni limitando derechos fundamentales: en este caso, el derecho de asociación (art. 22 CE) en la modalidad referida a los partidos políticos, y el derecho de sufragio pasivo (art. 23.2 CE); recordará que en la importante y conocida STC 10/1983 (FJ 2), se fijó que el legislador, al regular el derecho de sufragio pasivo puede establecer libremente las condiciones que estime más adecuadas, pero que esta libertad tiene como limitaciones generales las que imponen el principio de igualdad y los derechos fundamentales que la Constitución garantiza; es criterio de disidente que resulta lesionado el derecho de sufragio pasivo de los candidatos propuestos que queden excluidos de participar en el

proceso electoral como consecuencia de la aplicación de la norma cuestionada; sólo con artificio puede negarse que el sistema de paridad veta la posibilidad de convertirse en representantes, en razón de su sexo, a quienes junto a otros concurrentes de su mismo género rebasen una barrera establecida de manera arbitraria por el legislador. Considera el disidente que la imposición legislativa de la paridad o de cuotas electorales vulnera la libertad ideológica y de autoorganización de los partidos políticos (arts. 6 y 22 CE). Una democracia madura debe hacer efectiva su confianza en que los partidos políticos “*expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental de la participación política*” y que “*su creación y el ejercicio de su actividad es libre dentro del respeto a la Constitución y la ley*” (art. 6 CE); es obvio que las mujeres o los hombres que integran las candidaturas electorales no aspiran a representar, respectivamente, a las mujeres o a los varones, pues no es defendible que las mujeres sólo voten a mujeres, ni los hombres a los hombres, ni que cada sexo sólo se represente a sí mismo. La decisión del elector es producto de una motivación compleja que sólo el análisis sociológico concreto permitiría, con mayor o menor precisión, establecer en cada caso (STC 10/1983, FJ 3), pero parece claro que el voto de los ciudadanos atiende al programa que definen los partidos políticos, coaliciones y agrupaciones de electores, con independencia de que sean hombres o mujeres quienes integren las candidaturas.

Sentencia 47/2008, de 11 de marzo (BOE de). Ponente: Gay Montalvo (Conflicto en defensa de la autonomía local)

Preceptos constitucionales: 140; 161.

otros:

Objeto: Conflicto en defensa de la autonomía local núm. 6613-2000, promovido por los Ayuntamientos de Torrent, Alaquas, Quart de Poblet, Chirivella, Mislata, Sedavi, Burjassot, Puçol, Benetusser, Emperador y Aldaia, en relación con el art. 2 y la disposición transitoria de la Ley de la Generalitat Valenciana 8/1999, de 3 de diciembre, por la que se suprime el Área Metropolitana de l’Horta.

Materias: Principio de autonomía Local. Recurso en defensa de la autonomía Local.

Recuerda el TC que respecto a este tipo de proceso constitucional ya ha tenido ocasión de pronunciarse *in extenso* en la STC 240/2006, allí se señalaba que se encontraba ante un nuevo proceso constitucional creado por la Ley Orgánica 7/1999, de 21 de abril, de modificación de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal

Constitucional, el cual viene a reforzar los mecanismos en defensa de la autonomía local de los que ya disponen los entes locales en nuestro Ordenamiento a fin de que puedan demandar el respeto de la autonomía local constitucionalmente garantizada; así se indicaba que la Ley, a partir del criterio de que *“la garantía constitucional de la autonomía local aconseja que puedan ser objeto de impugnación ante el Tribunal Constitucional, por parte de los entes locales, aquellas leyes del Estado o de las Comunidades Autónomas que pudieran no resultar respetuosas con dicha autonomía”*, regula un nuevo proceso constitucional, el conflicto en defensa de la autonomía local, que constituye una vía para su defensa específica ante el Tribunal Constitucional; dicha especificidad se manifiesta en que el conflicto sólo puede ser promovido frente a normas con rango de Ley con base en un único motivo de inconstitucionalidad, la lesión de *“la autonomía local constitucionalmente garantizada”* sin que puedan ser alegados en este proceso constitucional *“otros motivos fundados en la infracción de preceptos constitucionales que no guarden una relación directa con la autonomía que la Constitución garantiza a los entes locales”*, al tiempo que se sostenía en la citada STC *“la legitimación activa para plantear el conflicto en defensa de la autonomía local se reserva específicamente a determinados entes locales”* como son los municipios y provincias además de los enumerados en las disposiciones adicionales tercera y cuarta, incorporadas a la Ley Orgánica de este Tribunal por la Ley Orgánica 7/1999; apunta el TC que se trata de *“garantizar los intereses de los entes locales afectados ponderando su entidad, de modo que los mismos sean suficientemente representativos y que no se refieran a los propios de los entes locales aisladamente considerados”*, salvo que estemos ante una norma de destinatario único.

Entrará a analizar el TC previamente dos aspectos de índole procesal que deben ser sucesivamente despejados a saber, por un lado, el alegato, realizado tanto por las Cortes Valencianas como por el Consejo de Gobierno de la Generalitat Valenciana, relativo a la pérdida sobrevinida de objeto del presente conflicto en defensa de la autonomía local, alegato este último al cual, por entender que persistía la lesión de la autonomía local, se ha opuesto expresamente la parte actora del presente proceso; en segundo lugar, la falta de legitimación de los recurrentes, apreciada por el Letrado de la Generalitat Valenciana. La primera cuestión de orden procesal que ha de ser analizada es la relativa a la sobrevinida pérdida de objeto del presente proceso constitucional, alegación que se plantea en razón de lo dispuesto en la Ley 2/2001, de 11 de mayo, de la Generalitat Valenciana, de creación y gestión de áreas metropolitanas en la Comunidad Valenciana, pues su disposición derogatoria se refiere expresamente, entre otras, a la Ley 8/1999, de 3 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, por la que se suprime el Área Metropolitana de l’Horta, cuyos art. 2 y disposición transitoria constituyen el objeto de este conflicto en defensa de la autonomía local. Se propondrá el TC alcanzar un criterio acerca de si se ha producido la alegada pérdida de objeto del presente conflicto de autonomía local como consecuencia de la derogación de la norma legal implicada; apreciará el TC que la Ley 8/1999 ha agotado sus efectos, pues la misma se dirigía a la supresión del Área Metropolitana de l’Horta estableciendo los criterios que habrían de regir en la ordenada realización del proceso de supresión de la citada área metropolitana; su pérdida de vigencia viene determinada por la aprobación de la ley autonómica que regula la creación de entidades de este tipo; dicha norma establece una nueva ordenación de las áreas metropolitanas al tiempo que prevé la creación de dos entidades metropolitanas, de servicios hidráulicos y para el tratamiento de residuos, que incluyen en su ámbito territorial de actuación a la totalidad de los municipios promotores del presente conflicto. De esta forma considerará el TC que ha de excluirse la posibilidad de su aplicación a hechos acaecidos con posterioridad a su pérdida de vigencia. Concluirá el TC que no se aprecia la subsistencia de la controversia que dio lugar al planteamiento del presente con-

flicto en defensa de la autonomía local y que ha de constituir en todo caso el presupuesto del mismo; no constituye impedimento alguno para la apreciación de tal extremo el dato de que la parte actora no haya apreciado tal desaparición del objeto pues es evidente que la valoración acerca de la concurrencia de tal circunstancia no depende del criterio que manifiesten de las partes sino de la decisión que al respecto adopte el TC. Por todo lo expuesto, ha de atenderse el alegato formulado por las representaciones procesales de la Generalitat y de las Cortes Valencianas, sin que proceda entrar a examinar el siguiente óbice procesal, y, consecuentemente, declarar extinguido el proceso por desaparición de su objeto, lo que hace innecesario pronunciarse sobre las cuestiones planteadas en el suplico del escrito de interposición de este conflicto en defensa de la autonomía local.

Voto particular (Rodríguez-Zapata Pérez):

1. La Sentencia de la que disiento declara extinguido, por pérdida de objeto, el conflicto en defensa de la autonomía local planteado; la decisión del Pleno se sustenta en que tras su derogación por la Ley autonómica 2/2001, de 11 de mayo, ha desaparecido la controversia que dio lugar al planteamiento del conflicto en defensa de la autonomía local. Recordará el disidente que cuando nos encontramos en presencia de una controversia competencial, la modificación de las disposiciones cuya adopción dio lugar al litigio no tiene por qué enervar automáticamente la disputa surgida, sobre todo si esa normativa en relación con la cual se trabó el conflicto es sustituida por otra posterior que deja intacto el problema competencial planteado (por todas, la STC 137/2003, FJ 2); en suma que no es rechazable *eo ipso* enjuiciar la constitucionalidad de una norma derogada; en esa línea de planteamiento se preguntará el disidente cuál sea el criterio aplicable en los conflictos en defensa de la autonomía local. En los AATC 513/2004 (FJ 2), y 326/2007 (FJ 2) ya se señaló que *“la función de preservar los ámbitos respectivos de competencia no puede quedar enervada por la sola modificación o derogación de las disposiciones cuya adopción dio lugar al litigio, cuando aquella preservación exige aún, porque así lo demandan las partes, o al menos una de ellas, una decisión jurisdiccional”* y que *“para poder apreciar la desaparición de la controversia entablada no bastará con que la disposición impugnada haya sido derogada, como es efectivamente el caso, sino que también resultará preciso que no se aprecie la subsistencia de la controversia que dio lugar al planteamiento del presente conflicto en defensa de la autonomía local. Para apreciar tal extremo, una vez consultadas las partes sobre la pérdida de objeto del proceso, resulta necesario partir del dato de si la parte actora, habiendo sido expresamente requerida para ello, ha apreciado tal desaparición del objeto del mismo sin que haya mantenido su interés en la obtención de una respuesta a lo planteado en su escrito de planteamiento del conflicto”*; es criterio del disidente que esa regla mantenida por el TC, ahora se debilita sin ninguna argumentación. A la vista de la disposición adicional tercera, debe concluirse: a) Que la Comisión Mixta paritaria creada por la Ley derogada no queda extinguida; b) Que la propia Ley derogatoria le atribuye una específica función pro futuro: elevar propuestas, que incluirán la relación de medios personales que tengan que ser objeto de transferencia; c) Que la composición y funcionamiento de la Comisión Mixta paritaria no pueden ser otros que los previstos en el derogado art. 2 de la Ley 8/1999; en consecuencia, concluye, el contenido normativo del art. 2 de la Ley 8/1999, de 3 de diciembre, sobrevive en la nueva Ley 2/2001, de 11 de mayo, en virtud del llamamiento implícito que se contiene en su disposición adicional tercera; a tal efecto se recordará que en la STC 126/1997, consideramos como objeto apto de nuestro control de constitucionalidad nada menos que la Partida 2.15.2 del Rey Sabio, cuyo contenido se veía resucitado por diversas normas de remisión. Por consiguiente, si el art. 2 de la Ley 8/1999, de 3 de diciembre, es un precepto derogado pero redivivo, se desvanece la premisa para declarar extinguido el conflicto planteado. La Sentencia atribuye especial relevancia al

Acuerdo del Gobierno Valenciano de 23 de mayo de 2002 por el que se aprueban definitivamente las propuestas del personal y de los bienes, derechos y obligaciones del extinto Consell Metropolità de l'Horta; será juicio del disidente que la posible vulneración de la autonomía local se haya consumado con el Acuerdo al que alude en la Sentencia, sin que se le antoje óbice para que el TC hubiera realizado el pronunciamiento requerido. Al contrario. Es su criterio que lo planteado es, justamente, si resulta compatible con la autonomía local constitucionalmente garantizada que la extinción del Área Metropolitana de l'Horta se lleve a cabo del modo regulado en los preceptos objeto del conflicto. Que la posible vulneración se haya perfeccionado no debería dar lugar a otra particularidad que la de resolver lo que proceda sobre las situaciones de hecho o de derecho creadas en lesión de la autonomía local, que es uno de los contenidos propios de las sentencias recaídas en este tipo de procesos (art. 75 quinquies 5 LOTC).

Sentencia 49/2008, de 9 de abril (BOE de). Ponente: Pérez Tremps (Recurso de inconstitucionalidad).

Preceptos constitucionales: 9.3, 23, 66, 67, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81.1, 82, 87, 89, 90 y 9172.1; 159, 160 y 165.

otros:

Objeto: Artículo único, apartados seis y siete, de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional mediante los que se da una nueva redacción a los arts. 16.1 y 16.3 LOTC, respectivamente.

Materias: Interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. LOTC. Control de constitucionalidad de las leyes: función y límites del TC.

Precisará el TC el objeto del recurso y se planteará como cuestión previa si está legitimado para entrar a enjuiciar preceptos que se refiere a la propia LO por la que él mismo se rige; el control de constitucionalidad de ésta constituye el objeto directo de un proceso de naturaleza abstracta que busca del propio TC un pronunciamiento sobre la constitucionalidad de los preceptos impugnados, pronunciamiento que en todo caso debe estar al margen de cualquier acto de aplicación de los mismos, que únicamente podría verse afectado por los efectos temporales de una hipotética Sentencia estimatoria (art. 40.1 LOTC); No hay duda que los preceptos impugnados constituyen disposiciones normativas con fuerza de ley [arts. 161.1 a) CE y 33.1 LOTC] y, más concretamente, normas con rango de ley orgánica, y que, como prevé expresamente el art. 27.2 a) LOTC, son susceptibles de ser declaradas inconstitucionales por este Tribunal. Tratándose de una ley formal y habiéndose planteado el recurso en tiempo y forma, no existen motivos procesales, pues, para rechazar la posibilidad de tal control. Desde una perspectiva material, son diversos los argumentos que también llevan al TC a la misma conclusión; como ya se dijo en la STC 66/1985 “*en consecuencia, dentro del respeto a las normas constitucionales y a la independencia y función del Tribunal, [el legislador] puede introducir en ella los cambios o modificaciones que entienda oportuno*”.

nos, sin que haya de limitarse a aquellos indispensables para evitar la inconstitucionalidad o asegurar el cumplimiento de los objetivos constitucionales”; reconocida la libertad de configuración del legislador orgánico del Tribunal Constitucional y la existencia de límites constitucionales a la misma, corresponde al propio Tribunal, en su función de garante supremo de la Constitución, garantizar ambos aspectos, así como el equilibrio entre los mismos; así se entendió también en la STC 66/1985, de 23 de mayo, FJ 4, al rechazar el argumento del recurrente de que la supresión del recurso previo de inconstitucionalidad atentaba contra la independencia del Tribunal y le dejaba inerme ante una futura reforma de su estructura, señalando que “[s]i esa hipotética reforma futura de la estructura del Tribunal Constitucional fuera concorde con la Constitución, no podría este mismo Tribunal oponerse a ella; [pero] si no lo fuera, no podría considerarla legítima”; su contrario supondría no sólo admitir una zona inmune al control de constitucionalidad, sino también hacer dejación de la función del TC en un ámbito tan decisivo para la propia supremacía de la Constitución como la jurisdicción del propio TC; la vinculación de éste a su propia Ley Orgánica (art. 1.1 LOTC) condicionará dicho control, pero no puede impedir que el mismo se lleve a cabo; al igual que el concepto de bloque de constitucionalidad no lleva al TC a desconocer la vigencia del principio de supremacía constitucional en su seno (por todas, STC 20/1988, FJ 3), la única vinculación del Tribunal al texto constitucional y a su Ley Orgánica no puede servir de argumento para rechazar la posibilidad de controlar la constitucionalidad de esta última; no resultará, sin embargo, posible es ampararse en el texto constitucional para desvincularse de un precepto de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que tiene un contenido claro desde una perspectiva jurídica; la aplicación de la LOTC debe tener muy en cuenta la literalidad de sus preceptos y su interpretación desde las normas y principios constitucionales, pero no puede excepcionarse *ad casum* amparándose en la doble vinculación que contempla el art. 1.1 LOTC, puesto que ello supondría desconocer el papel de ésta en la legitimación de la actividad del TC; en conclusión, tampoco desde una perspectiva material existen obstáculos para que el TC pueda controlar la constitucionalidad de los preceptos de la LOTC. Otra cuestión será la del alcance de este control. Más allá de los límites derivados del concreto proceso utilizado, el examen de la constitucionalidad de la LOTC obligará al TC a extremar las consideraciones institucionales y funcionales que siempre acompañan al control del legislador democrático; reiterará el TC su criterio acerca de la evidencia de que su enjuiciamiento es exclusivamente de constitucionalidad y no político, de oportunidad o de calidad técnica; las intenciones del legislador, su estrategia política o su propósito último no constituirán objeto de su control, debiendo limitarse a contrastar con carácter abstracto, al margen de su posible aplicación práctica los concretos preceptos impugnados y las normas y principios constitucionales que integran en cada caso el parámetro de control; sin olvido del carácter democrático del legislador lo que permite afirmar que la presunción de constitucionalidad ocupa un lugar destacado en el desarrollo de dicho control; como cuestión de principio, recordará el TC que el legislador no debe limitarse a ejecutar la Constitución, sino que está constitucionalmente legitimado para tomar todas aquellas medidas que, no vulneren los límites que se derivan de la Norma fundamental. En todo caso, estas cautelas en ningún caso pueden suponer una renuncia a ejercer el control de constitucionalidad que el TC tiene encomendada en exclusiva, puesto que ello le llevaría a dejar sin garantía jurisdiccional algunos de los preceptos constitucionales que más contribuyen a la realización del principio de supremacía constitucional. Tras estas consideraciones propeleuticas entrará en el análisis de las concretas tachas de inconstitucionalidad, en primer lugar, sobre la pretendida arbitrariedad de los preceptos impugnados. Es la única infracción que se predica de los dos preceptos impugnados, por lo que el TC

en un juicio de economicidad comienza a analizarla pues si se confirmara la infracción haría innecesario el análisis de los demás motivos de impugnación. Tacha sin concreción concreta en ningún precepto, considera el TC que parece claro que lo que se considera materialmente vulnerado es el mandato de interdicción de la arbitrariedad contenido en el art. 9.3 CE; se esgrime la falta de justificación en la Exposición de Motivos de la Ley. El TC la rechaza por diversos motivos: Con independencia de la trascendencia de los cambios introducidos, debe recordarse, en primer lugar, que el legislador no está constitucionalmente obligado a justificar sus opciones legislativas en las exposiciones de motivos o preámbulos de las leyes, no obstante no desconocer su posible papel en la interpretación de los preceptos que presentan (SSTC 36/1981, FJ 7, y 222/2006, FJ 8), no debe olvidarse que las leyes son expresión de la voluntad general y no ejecución de la Constitución (STC 96/2002, FJ 6), y que el legislador democrático no tiene el deber de expresar los motivos que le llevan a adoptar una determinada decisión en ejercicio de su libertad de configuración; recordará el TC que es el Consejo de Ministros quien debe acompañar sus proyectos de ley con una exposición de motivos y con los antecedentes necesarios para que las Cámaras puedan pronunciarse sobre los mismos (art. 88 CE); la ausencia de dicha justificación no pueda considerarse generadora de arbitrariedad. Por otro lado, los motivos aducidos por los recurrentes para fundamentar su pretensión tampoco satisfacen los requisitos que de forma reiterada ha venido exigiendo el TC a las leyes pretendidamente arbitrarias. Los motivos aducidos por los recurrentes ignoran, según el TC, su doctrina acerca de los requisitos o doctrina sobre la existencia y apreciación de la arbitrariedad: SSTC 13/2007, FJ 4, y 45/2007, FJ 4, recogiendo una doctrina ampliamente consolidada (por todas, SSTC 239/1992, FJ 5, y 47/2005, FJ 7) que tiene su origen precisamente en la Sentencia sobre la supresión del recurso previo de inconstitucionalidad (STC 66/1985, FJ 1), la invocación de conceptos tan generales e indeterminados como el de interdicción de la arbitrariedad obliga a extremar el cuidado con que se debe controlar al legislador democrático, puesto que el pluralismo político y la libertad de configuración del legislador también son bienes constitucionales que susceptibles de protección: en estos casos el TC ha exigido generalmente dos requisitos: por un lado, que quien invoca la vulneración de la interdicción de la arbitrariedad lo razone en detalle, ofreciendo una justificación para destruir la presunción de constitucionalidad de la ley impugnada; por otro, que la arbitrariedad sea el resultado bien de una discriminación normativa bien de la carencia absoluta de explicación racional de la medida adoptada, pero en ningún caso de una discrepancia política respecto de su contenido; ninguno de estos requisitos se ha cumplido en el presente caso; considera el TC como argumento *ex abundantia* que los preceptos impugnados no están ayunos de cualquier explicación racional, ya que pretenden canalizar la participación de las Comunidades Autónomas en la elección de determinados Magistrados del Tribunal Constitucional (en el caso del art. 16.1 LOTC), y regular la duración de la Presidencia en los supuestos en que su mandato no coincida con la renovación parcial del Tribunal (en el caso del art. 16.3 LOTC). Entrará ahora el TC a analizar la tacha de inconstitucionalidad del segundo párrafo del art. 16.1 LOTC: los motivos de inconstitucionalidad aducidos son básicamente de tres tipos: por un lado, y desde una perspectiva material, se considera infringido el art. 159.1 CE; por otro lado, y en relación con el sistema de fuentes, se estiman vulnerados los arts. 72.1 y 165 CE; y por último, además de estos dos motivos principales, también se esgrimen diversas infracciones constitucionales relacionadas con la posición institucional del Senado (arts. 67, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 82, 87, 89, 90 y 91 y, en especial, arts. 66.1 y 2 CE), con las facultades de los Senadores (arts. 67.2, 23.2 y, por extensión, art. 23.1 CE) y con la estructura territorial del Estado (art. 81.1 CE).

Según el TC no es posible hablar de alteración de la Constitución, como hacen los recurrentes; ya se afirmó en el ATC 85/2006, FJ 2, que las eventuales lesiones producidas por la norma impugnada no alteran el contenido normativo de la Constitución, ni le confieren una virtualidad modificativa de la misma, sino que lo que determinan es su inconstitucionalidad, que únicamente puede ser declarada por el TC en el seno del correspondiente proceso; la pretendida vulneración del art. 159.1 CE ha de estar presidida por las consideraciones propedéuticas siguientes: la Constitución española contiene una regulación detallada de la elección de los miembros del Tribunal Constitucional (a); el art. 159.1 CE no sólo fija en doce el número de Magistrados, sino que regula la participación de los diversos órganos constitucionales que concurren en su elección con una precisión que hace posible que sea la propia LOTC la que se remita en gran medida a dicho precepto constitucional al referirse a esta cuestión en su art. 16.1; no existe impedimento constitucional para que la regulación constitucional sea desarrollada y concretada siguiendo los requisitos formales y materiales que se derivan del texto constitucional. Desde una perspectiva material, la opción del constituyente se basa en la participación de diversos órganos constitucionales en la elección de los Magistrados del Tribunal Constitucional (b); el art. 159.1 CE establece una distribución concreta (dos Magistrados a propuesta del Gobierno, dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial, cuatro del Congreso de los Diputados y otros cuatro del Senado) que se caracteriza por dos notas: por un importante protagonismo de las Cortes Generales, que eligen a ocho de los doce Magistrados; y dentro de éstas, por una idéntica posición de ambas Cámaras en cuanto al número de Magistrados a elegir y la mayoría necesaria para ello, no así en cuanto al concreto modo de ejercer tal facultad, que puede estar influido por las propias características constitucionales de cada Cámara. el proceso de elaboración del art. 159.1 CE corrobora que ambas notas fueron tenidas muy en cuenta por el Constituyente; la concreta participación de cada órgano constitucional en dicha elección también debe interpretarse a la luz de las normas constitucionales que los regulan, así como del sistema institucional que se deriva del texto constitucional. La elección de los miembros del Tribunal Constitucional no puede desvincularse de los requisitos de elegibilidad, capacidad e independencia que se derivan de los apartados segundo, cuarto y quinto del art. 159 CE (c), así como del carácter parcial, pero por bloques, de la renovación periódica de este órgano (art. 159.3 CE). Analizará ahora el TC el concreto contenido normativo del precepto impugnado; será su criterio que su mera lectura pone de relieve que en ningún momento se pone en duda que la elección de los Magistrados del Tribunal Constitucional afectados por la impugnación corresponde al Senado; en relación con el contenido real del precepto impugnado es criterio del TC que es necesario distinguir dos fases o momentos en la elección de los miembros del TC que corresponden al Senado: la facultad de los Parlamentos autonómicos de presentar candidatos a Magistrados, y la elección final de los mismos; la nota más destacada de la nueva regulación es la amplitud de la remisión que se hace al Reglamento parlamentario; el régimen jurídico de la presentación de candidaturas por parte de los Parlamentos autonómicos y de la elección de los Magistrados entre dichos candidatos, lejos de concretarse, se remiten íntegramente a “*los términos que determine el Reglamento de la Cámara*”, lo cual abre necesariamente las puertas a múltiples desarrollos; el régimen jurídico aplicable a las propuestas de candidatos a Magistrado por parte de las Asambleas autonómicas no se agota en el art. 16.1 LOTC; esta nota de apertura también es predicable de la elección definitiva de los Magistrados por parte del Senado; la elección que debe hacer el Senado “*entre los candidatos*” no tiene que ser interpretada necesariamente en un sentido que excluya cualquier posible margen de maniobra por parte del Senado; es criterio del TC que tal y como está redactada la norma impugnada no puede dejar

totalmente en manos de los Parlamentos autonómicos la libre determinación de los candidatos elegibles por el Senado; tal remisión no implica que el Reglamento del Senado no esté sometido a límites constitucionales que permitan a la Cámara ejercer adecuadamente su función constitucional, ni que el TC no pueda controlar que el concreto desarrollo de la participación autonómica en el proceso de elección de sus Magistrados respeta tales límites; el proceso de elaboración del precepto impugnado también corrobora que la interpretación que está implícita en la demanda no es la única posible; el precepto cuestionado no puede ser interpretado, en todo caso, necesariamente como un desapoderamiento del ejercicio material de una de sus funciones constitucionales; como tampoco es posible aceptar que se produzca necesariamente una renuncia, traslado o sustitución del Senado por parte de los Parlamentos autonómicos, o la sustracción de una facultad constitucional mínima, puesto que ello implicaría desconocer que la norma impugnada admite una lectura que impide considerar que el papel del Senado sea meramente formal; un pronunciamiento por parte del TC distinto al materialmente desestimatorio no sólo sería preventivo, posiblemente ésta rechazada reiteradamente por el TC (por todas, SSTC 49/1984, FJ 2; 76/1991, FJ 2; y 176/1999, FJ 4), sino que le llevaría a desconocer que el control de su Ley reguladora le obliga a reservar tales pronunciamientos a las infracciones evidentes e insalvables del texto constitucional. La facultad del Senado no es absoluta e ilimitada, puede ser aceptada la existencia de limitaciones; la elección de los Magistrados del TC por parte del Senado es un aspecto que requiere necesariamente desarrollo normativo y puede verse limitada tanto material como procedimentalmente; no es posible partir de que la norma constitucional sobre la elección de los Magistrados impide un desarrollo normativo que incluya condicionamientos procedimentales y materiales para llevarla a cabo. No negará el TC que la norma recurrida presenta un elemento cualitativo diferente: la introducción, por vez primera de la participación de órganos ajenos al Senado en la elección de dichos Magistrados; no resulta posible considerar que la misma carece de cualquier explicación racional y por ello arbitraria; desde un punto de vista constitucional se planteará el TC tres cuestiones: si la participación de los Parlamentos autonómicos en la elección de Magistrados por parte del Senado está constitucionalmente prohibida (1); en caso de que ello no sea así, si dicha participación tiene un fundamento constitucionalmente legítimo que la justifique (2); si su intensidad resulta compatible con el modelo de jurisdicción constitucional que se deriva de la CE (3). La respuesta a la primera cuestión debe ser necesariamente negativa; ningún precepto constitucional impide expresamente que las Asambleas de las Comunidades Autónomas puedan intervenir en la elección de Magistrados del Tribunal Constitucional presentando candidatos al Senado; la competencia constitucional de la Cámara Alta de elegir a cuatro de los doce Magistrados no puede interpretarse como una prohibición constitucional implícita a que los Parlamentos autonómicos intervengan en dicha elección mediante la presentación de candidatos; su contrario implicaría desconocer (por todas, SSTC 11/1981, FJ 7; 194/1989, FJ 2; 55/1996, FJ 6; 197/1996, FJ 8; 48/2003, FJ 7; y 236/2007, FJ 1), que la Constitución no es sino un marco de coincidencias lo suficientemente amplio como para que dentro del mismo quepan opciones políticas de diverso signo; ya en STC 11/1981, añadimos inmediatamente que “[l]a labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas”, opción ésta que “habrá de llegar únicamente cuando el carácter unívoco de la interpretación se imponga por el juego de los criterios hermenéuticos” (FJ 7); de la atribución constitucional al Senado de la facultad de elegir a cuatro miembros del Tribunal Constitucional no puede derivarse que exista una prohibición constitucional absoluta de cualquier otro mecanismo de participación y, concretamente, de la posibilidad

de presentar candidatos a través de los Parlamentos autonómicos. Analizará ahora el TC la legitimidad de la solución adoptada; la regulación recurrida no tiene nada que ver ni con la existencia de un conflicto de atribuciones entre órganos constitucionales ni con la posibilidad de modular la autonomía de las Cámaras dentro de ciertos límites; el carácter de Cámara de representación territorial puede expresarse y desarrollarse no sólo en la organización y funciones del Senado, sino el ejercicio de todas sus facultades y, concretamente, de la elección de los miembros del Tribunal Constitucional que le corresponden; la propia decisión constitucional de atribuir la elección de cuatro Magistrados a la Cámara de representación territorial ya denota una voluntad constitucional inequívoca de integrar la estructura territorial del Estado en la composición del Tribunal Constitucional; de la interpretación conjunta de los arts. 69 y 159.1 CE puede derivarse un principio de participación autonómica en la composición del Tribunal susceptible de ser desarrollado de diversos modos; interesa destacar que la participación de las Comunidades Autónomas en dicha elección constituye una finalidad que puede perseguirse legítimamente en nuestro sistema constitucional. El desarrollo de dicho principio participativo no conlleva necesariamente ningún desapoderamiento de la Cámara Alta respecto de su facultad constitucional de elegir a los Magistrados; la participación autonómica introducida se limita, en efecto, a la fase de presentación de candidatos y no implica que el Senado deje de ser el titular de dicha facultad; no puede considerarse que la norma impugnada sustraiga una atribución constitucional que se califica de mínima y se vincula con la garantía institucional de esta Cámara; el tenor literal del art. 16.1 LOTC permite que el Reglamento del Senado pueda prever mecanismos que hagan posible que sea la propia Cámara la que proponga candidatos a Magistrados del Tribunal Constitucional en el supuesto excepcional de que el sistema de elección de dichos Magistrados previsto con carácter general no culmine con esta elección, garantizando así que la Cámara Alta cumpla con su obligación constitucional. Se pronunciará ahora el TC sobre las restantes tachas de inconstitucionalidad planteadas en relación con el segundo párrafo del art. 16.1 LOTC; las tachas relacionadas con el sistema de fuentes afectan a los arts. 72.1 y 165 CE; evidencia el TC que la norma impugnada afecta al modo de ejercicio de una facultad del Senado, aunque a la luz de su concreto contenido no vulnera el art. 72.1 CE por dos motivos básicamente; porque excede claramente la vida interna del Senado, al dar entrada a los Parlamentos autonómicos en el ejercicio de dicha facultad, en la medida, además, en que dicha participación va más allá de un mero trámite de audiencia o de consulta, otorgando a los Parlamentos autonómicos un papel más activo en la fase de presentación de candidaturas, no sería posible que el Reglamento del Senado introdujese unilateralmente una participación de este tipo, que, como se ha señalado anteriormente, obliga a las Asambleas autonómicas a presentar candidatos a Magistrado. También debe tenerse en cuenta, en segundo lugar, que la amplia remisión al propio Reglamento de la Cámara garantiza que sea ésta la que pueda concretar el régimen jurídico de dicha participación, así como el procedimiento de elección definitiva de los Magistrados: los términos en que está redactado el precepto impugnado dejan abiertas diversas posibilidades que no corresponde analizar en este proceso; desde el punto de vista del sistema de fuentes, una norma que remite a los Reglamentos parlamentarios la concreción de un principio participativo constitucional, tampoco puede considerarse contraria al art. 72.1 CE si deja abierta diversas posibilidades para realizar dicho desarrollo. A la misma conclusión debe llegarse en relación con el art. 165 CE; los términos en que se formula esta reserva específica (“*Una ley orgánica...*”), la amplitud de las materias aludidas (“*el funcionamiento del Tribunal Constitucional, el estatuto de sus miembros, el procedimiento ante el mismo y las condiciones para el ejercicio de las acciones*”), su posición de cierre del título IX, y el he-

cho de proyectarse sobre un órgano como el TC le otorgan una vocación de plenitud que le lleva a rechazar una interpretación restrictiva de tales materias: la LOTC constituye el cauce constitucionalmente idóneo para introducir una participación autonómica en la elección de los Magistrados del TC legítima desde un punto de vista material; sostendrá el TC la existencia de una reserva material de ley orgánica que puede desarrollar la previsión constitucional de elección de los Magistrados por parte de la Cámara de representación territorial, previendo una participación de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas; concluye el TC que no se ha vulnerado la posición constitucional del Senado; no puede considerarse infringido el art. 66.1 CE por ninguna de las dos causas aducidas; en la medida en que la regulación recurrida se limita a hacer posible la participación de las Comunidades Autónomas en el ejercicio de una función del Senado, ni se vulnera el principio de representación nacional que se deriva de dicho precepto ni se produce una discriminación respecto del Congreso de los Diputados; también rechaza el TC las tachas aducidas por los recurrentes en clave estrictamente territorial; tampoco se ha producido una vulneración del estatuto constitucional de los Senadores protegido por los arts. 23.2 y 67.2 CE.; por cuanto no se ha infringido el art. 23.2 CE, tampoco puede considerarse vulnerado el art. 23.1 CE que sólo se vería afectado por extensión. El recurso también se dirige contra la tercera frase del art. 16.3 LOTC se considera inconstitucional por los recurrentes la prórroga automática de la Presidencia y no la de la Vicepresidencia, figura ésta que no está prevista constitucionalmente y que los propios recurrentes aceptan que puede prorrogarse por mandato legal, aunque dicha opción se califique de ilógica. El TC estima que se debe partir de lo establecido en el art. 160 CE que no regula ni el procedimiento ni el momento en que debe elegirse la Presidencia del Tribunal, cuestiones éstas que, por lo tanto, están en principio abiertas a lo que disponga nuestra Ley reguladora; la aparente claridad del art. 160 CE no debe llevar a ignorar que el mandato presidencial puede ser inferior a tres años como consecuencia del cese del Magistrado que la ejerce; la regulación constitucional de la Presidencia no es completa ni impide la intervención de la LOTC para desarrollarla y concretarla. Apunta el TC que la LOTC ha regulado desde un primer momento aspectos concretos del régimen jurídico de la Presidencia, de ahí que en el presente caso el problema de constitucionalidad vuelva a radicar en si la reforma impugnada ha respetado los límites constitucionales a los que está sometido el legislador orgánico en este ámbito. Será criterio del TC que la lectura conjunta de todo el apartado tercero del art. 16 LOTC pone de relieve algunos extremos que deben ser de destacados como punto de partida de su análisis: dicho apartado distingue claramente la elección del Presidente de la prórroga de su mandato (1); en relación con la primera, el precepto se remite a lo dispuesto en el art. 9 LOTC, que es el que regula dicha elección por parte del Tribunal en Pleno, e introduce una novedad en el propio art. 16.3 LOTC que no ha sido impugnada por los recurrentes, se trata del momento en que dicha elección debe producirse, “a partir” y, por lo tanto, después de cada renovación parcial del Tribunal; el propósito de la reforma en este punto es claro y radica en hacer coincidir la elección de la Presidencia con la renovación parcial del Tribunal; el objeto del presente recurso se limita al segundo aspecto introducido en el art. 16.3 LOTC: la prórroga legal del mandato presidencial; no considera el TC que estemos ante la reelección del Presidente, sino ante una prórroga automática del mandato presidencial vigente; prórroga que tiene un presupuesto de hecho y unas consecuencias jurídicas que se derivan del propio precepto; la prórroga sólo se produce si “*el mandato de tres años*” para el que fue designado el Presidente “*no coincidiera con*

la renovación del Tribunal”, lo que es algo perfectamente previsible dado el retraso que, desde la primera renovación por tercios del Tribunal, se ha venido produciendo en las renovaciones parciales de sus miembros; el carácter automático y *ope legis* de dicha prórroga no puede inducir a confusión respecto de sus consecuencias jurídicas. Tratándose de una prórroga y no de un nuevo mandato, es evidente que su duración no es de tres años, sino que se limita al tiempo que transcurra hasta que la renovación parcial del Tribunal sea una realidad. Considera el TC claro que el mandato presidencial se prorroga “para que finalice en el momento en que dicha renovación se produzca y tomen posesión los nuevos Magistrados”; la referencia explícita al final de la prórroga y su concreta vinculación a la toma de posesión de los nuevos Magistrados vuelve a poner de relieve la finalidad de la norma: no es propiciar un nuevo mandato presidencial, sino prorrogar el vigente única y exclusivamente hasta que el Tribunal renovado esté en condiciones de proceder a la elección de la nueva Presidencia de acuerdo con lo dispuesto en el art. 9 LOTC. Tras fijar el contenido de la norma procede el TC a examinar su constitucionalidad que debe comenzar por descartar que la finalidad perseguida por la misma sea en sí misma inconstitucional; la pretensión de hacer coincidir la renovación parcial del Tribunal con la elección interna de su Presidencia no puede considerarse arbitraria; no es posible concluir que la norma carece de cualquier explicación racional; tampoco puede considerarse en sí misma vulneradora de ningún otro precepto constitucional; la finalidad perseguida por la norma impugnada no sólo no es en sí misma inconstitucional, sino que también puede considerarse constitucionalmente legítima; la legitimidad constitucional de la medida impugnada también se deduce, por otro lado, de su repercusión en el funcionamiento y en el modelo organizativo del TC; afirmada la legitimidad constitucional de la finalidad perseguida, examinará ahora el TC el concreto instrumento introducido por el legislador para conseguirla: la prórroga legal del mandato presidencial impugnada; rechazará el TC que la norma impugnada vulnere el art. 160 CE, puesto que lo que se prevé en la misma es una prórroga del mandato presidencial vigente y no un nuevo nombramiento; su automaticidad no supone ninguna vulneración del art. 160 CE, la prórroga automática de la Presidencia no puede considerarse que sustrae una competencia constitucional del Pleno; el criterio adoptado por la norma impugnada ha sido, pues, el empleado por el propio Tribunal en los supuestos más recientes. El que haya sido así incluso en ausencia de una previsión legal de prórroga no significa que ahora, cuando la Ley la ha previsto, ello produzca el desapoderamiento del Pleno; porque no es la competencia para prorrogar sino para elegir la que la Constitución le otorga y porque el Pleno entonces actuó precisamente porque dicha prórroga no estaba normativamente prevista. Concluirá el TC que el criterio adoptado por la norma impugnada ha sido el mismo que el empleado por el Tribunal en los supuestos más recientes. En la medida en que la finalidad perseguida por dicha norma es constitucionalmente legítima y su concreto contenido no vulnera ningún mandato constitucional, su impugnación debe ser, pues, rechazada.

Se han producido Votos Particulares de los Magistrados Conde Martín de Hijas; Delgado Barrios; Rodríguez Arribas; la extraordinaria extensión de la STC y la de los propios VVPP, nos hacen renunciar a extractarlos.

Han intervenido y formulado alegaciones el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Pascual Sala Sánchez, quien expresa el parecer del Tribunal.

Sentencia 59/2008, de 14 de mayo (BOE de). Ponente: Sala Sánchez (Cuestión de constitucionalidad).

Preceptos constitucionales: 10, 14, 24.2

otros:

Objeto: Cuestión de inconstitucionalidad núm. 5939-2005, planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia, en relación con el artículo 153.1 del Código penal.

Materias:

El Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia cuestiona en este proceso la constitucionalidad del art. 153.1 CP en la redacción dada al mismo por el art. 37 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, por entender que infringe los arts. 10, 14 y 24.2 CE al establecer una discriminación por razón de sexo que dimanaría de la definición de los sujetos activo (varón) y pasivo (mujer) en el art. 153.1 CP y de la diferencia de trato punitivo que ello supone en relación con la misma conducta cuando el sujeto activo es una mujer y el pasivo un hombre con la misma relación entre ellos que la descrita en el tipo penal cuestionado. Comenzará el TC examinando el vicio de procedibilidad y los argumentos contrarios a la admisión a trámite de la presente cuestión por considerar incumplidos algunos de los requisitos establecidos en el art. 35 LOTC. Considera el TC pertinente este examen porque la tramitación específica de admisibilidad de la cuestión del art. 37.1 LOTC no tiene carácter preclusivo: cabe apreciar en Sentencia, con efecto desestimatorio, la ausencia de los requisitos procesales y de fundamentación requeridos para el válido planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad (por todas, STC 166/2007, FJ 5, y las allí citadas); el Tc rechazará los argumentos a favor de la inadmisión de acuerdo con su doctrina, en cuya aplicación el trámite de audiencia se ha realizado con la observancia de los requisitos fijados en la LOTC, cumpliendo su doble objetivo de garantizar la audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal ante una posible decisión judicial de tanta entidad como es la de abrir un proceso de inconstitucionalidad, y poner a disposición del Juez un medio que le permita conocer la opinión de los sujetos interesados con el fin de facilitar su reflexión sobre la conveniencia o no de proceder a la apertura de dicho proceso (STC 166/1986, FJ 4); no se aprecia que la falta de cita expresa del precepto cuestionado sea suficiente motivo de inadmisión; defecto subsanado con posterioridad, lo que impide apreciar indefensión o desconocimiento del fundamento de la cuestión o del precepto en que ésta se basaba: será criterio del TC que se han cumplido los únicos requisitos exigibles en dicho trámite, como ya apreció en la

STC 42/1990, sin que sobre recordar con la misma que el otorgamiento de la audiencia efectuado en forma imprecisa constituye “*un defecto que carece de suficiente entidad para ser elevado a causa de inadmisibilidad que impida el examen del fondo cuestionado si ... la indeterminación es sólo relativa, pues las partes han podido conocer el planteamiento de inconstitucionalidad realizado por el Juez y, atendidas las circunstancias del caso, situarlo en sus exactos términos constitucionales*” (FJ 2). Se aprecia por el TC que se cumplen las dos exigencias impuestas por el art. 35.1 LOTC: la aplicabilidad de la norma legal al caso y la adecuada formulación del juicio de relevancia; se considera realizado éste por el órgano de enjuiciamiento, pues en absoluto se observa “*que sea notorio que no existe el nexo causal entre la validez de la norma legal cuestionada y la decisión a adoptar en el proceso a quo*” (STC 100/2006, FJ 2). Considera al respecto el Auto de cuestionamiento que, de estimarse constitucional el precepto, la pena de prisión imponible al agresor tendría, en aplicación de la agravación de realización de la agresión en el domicilio común contemplada en el art. 153.3 CP, un mínimo de nueve meses y un día, mientras que si el precepto se reputara inconstitucional por vulnerar el art. 14 CE no podría aplicarse esta pena. La exposición de esta diferencia constituye un argumento suficiente de relevancia de la presente cuestión. En atención a las cuestiones planteadas por el Auto de cuestionamiento, el TC analizará en relación con el art. 153.1 CP en cuanto dispone “[*e*] *que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, ... será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año*”. La duda que suscita el órgano promotor de la presente cuestión se centra en su posible inconstitucionalidad por cuanto en relación con lo establecido en el art. 153.2 CP, se establece un trato penal diferente en función del sexo de los sujetos activo y pasivo del delito que podría ser constitutivo de una discriminación por razón de sexo prohibida por el art. 14 CE y que además podría comportar una vulneración del principio de culpabilidad. La diferenciación se establecería en función del sexo y restringiría el marco de la pena imponible en sentido agravatorio. Será criterio del TC que el análisis de la cuestión suscitada exige dos precisiones previas en torno al contenido de este precepto; la primera precisión (a) se refiere a que la autoría necesariamente masculina del delito es el fruto de una de las interpretaciones posibles de los términos del enunciado legal, y a que cabría entender que también las mujeres pueden ser sujetos activos del delito; la segunda precisión (b) se refiere a la inclusión en el enunciado del art. 153.1 CP de otro sujeto pasivo alternativo, descrito como “*persona especialmente vulnerable que conviva con el autor*”. Por lo que se refiere a (a), estima el TC 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. Considera el TC que no existe en un Ordenamiento jurídico un límite más severo a la libertad que

la privación de la libertad en sí. El derecho a la libertad del art. 17.1, es el derecho de todos a no ser privados de la misma, salvo *‘en los casos y en la forma previstos en la Ley’*: *en una Ley que, por el hecho de fijar las condiciones de tal privación, es desarrollo del derecho que así se limita. En este sentido el Código penal y en general las normas penales, estén en él enmarcadas formalmente o fuera de él en leyes sectoriales, son garantía y desarrollo del derecho de libertad en el sentido del art. 81.1 CE, por cuanto fijan y precisan los supuestos en que legítimamente se puede privar a una persona de libertad. De ahí que deban tener carácter de Orgánicas*” (STC 140/1986, FJ 5); considerará el Tc que su punto de partida ha de ser el que aporta el órgano cuestionante, porque es el que presenta un mayor grado de diferenciación y es con ello la diferencia más incisiva con la perspectiva del principio de igualdad, dado que incluye la más severa relativa al sujeto activo, y porque se refiere a los dos elementos personales del tipo (sujeto activo y sujeto pasivo); Sólo si esta norma resultara inconstitucional se analizaría la que deriva de la interpretación alternativa respecto del sexo del sujeto activo (tanto hombre como mujer), a los efectos de cumplir la tarea propia del TC, es decir, *“explorar las posibilidades interpretativas del precepto cuestionado, por si hubiera alguna que permitiera salvar la primacía de la Constitución”* (SSTC 76/1996 FJ 5; 138/2005, FJ 5; 233/1999, FJ 18; 202/2003, FJ 6; 273/2005, FJ 8; 131/2006, FJ 2; 235/2007, FJ 7). En relación con (b), es decir, en torno a los contornos típicos del enunciado cuestionado se refiere a su inserción en un panorama normativo complejo, en el que el inciso siguiente del art. 153.1 CP añade como sujeto pasivo a la *“persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”*; con ello, queda notablemente reducida la objeción sustancial del Auto a la norma en cuestión, relativa a que se castigan más las agresiones del hombre a la mujer que es o fue su pareja (art. 153.1 CP) que cualesquiera otras agresiones en el seno de tales relaciones y significativamente las agresiones de la mujer al hombre (art. 153.2 CP). Constatada la aplicabilidad y relevancia del precepto cuestionado, delimitado éste en función de las mismas y determinado su contenido material respecto al precepto que sirve de comparación, considera el TC llegado es el momento de responder a su cuestión principal: si dicho precepto es inconstitucional en cuanto infractor de lo dispuesto en el art. 14 CE.

Recordará el TC su doctrina sobre el art. 14 CE, sintetizada en la STC 200/2001, FJ 4, y recogida posteriormente, entre otras muchas, en las SSTC 39/2002, FJ 4; 214/2006, FJ 2; 3/2007, FJ 2, y 233/2007 FJ 5: dicho precepto constitucional acoge dos contenidos diferenciados: el principio de igualdad y las prohibiciones de discriminación; cabe contemplar *“en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad, por una conocida doctrina constitucional, como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal di-*

ferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas” (STC 200/2001, FJ 4). En palabras conclusivas de la STC 222/1992, “*los condicionamientos y límites que, en virtud del principio de igualdad, pesan sobre el legislador se cifran en una triple exigencia, pues las diferenciaciones normativas habrán de mostrar, en primer lugar, un fin discernible y legítimo, tendrán que articularse, además, en términos no inconsistentes con tal finalidad y deberán, por último, no incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas*” (FJ 6; también SSTC 155/1998, FJ 3; 180/2001, FJ 3).

Por lo que se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación, “*Esta referencia expresa a tales motivos o razones de discriminación no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación (STC 75/1983, FJ 6), pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE (SSTC 128/1987, FJ 5; 166/1988, FJ 2; 145/1991, FJ 2). En este sentido el Tribunal Constitucional, bien con carácter general en relación con el listado de los motivos o razones de discriminación expresamente prohibidos por el art. 14 CE, bien en relación con alguno de ellos en particular, ha venido declarando la ilegitimidad constitucional de los tratamientos diferenciados respecto de los que operan como factores determinantes o no aparecen fundados más que en los concretos motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe*” (STC 200/2001, FJ 4); no obstante, “*este Tribunal ha admitido también que los motivos de discriminación que dicho precepto constitucional prohíbe puedan ser utilizados excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica (en relación con el sexo, entre otras, SSTC 103/1983, FJ 6; 128/1987, FJ 7; 229/1992, FJ 2; 126/1997, FJ 8 ...), si bien en tales supuestos el canon de control, al enjuiciar la legitimidad de la diferencia y las exigencias de proporcionalidad resulta mucho más estricto, así como más rigurosa la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación*” (FJ 4). Comenzará el TC analizando la adecuación constitucional del art. 153.1 CP desde la perspectiva del art. 14 CE recordando que la duda se refiere a la selección legislativa de una determinada conducta para su consideración como delictiva con una determinada pena, y que esta labor constituye una competencia exclusiva del legislador para la que “*goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática*” (SSTC 55/1996, FJ 6; 161/1997, FJ 9; AATC 233/2004, FJ 3; 332/2005 FJ 4). Es al legislador al que compete “*la configuración de los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo*” (SSTC 55/1996, FJ 6; 161/1997, FJ 9; 136/1999, de 20 de julio, FJ 23).

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

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

El principio general de igualdad del art. 14 CE exige, según la doctrina jurisprudencial citada, que el tratamiento diferenciado de supuestos de hecho iguales tenga una justificación objetiva y razonable y no depare unas consecuencias desproporcionadas en las situaciones diferenciadas en atención a la finalidad perseguida por tal diferenciación. Descartada en este caso la falta de objetividad de la norma, pues indudable resulta su carácter general y abstracto, proceden ahora los análisis de razonabilidad de la diferenciación y de falta de desproporción de sus consecuencias (FJ 10), distinguiendo ló-

gicamente en el primero entre la legitimidad del fin de la norma (FJ 8) y la adecuación a dicho fin de la diferenciación denunciada (FJ 9), tal como se apuntaba anteriormente con cita de la STC 222/1992, de 11 de diciembre. 8. La Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género tiene como finalidad principal prevenir las agresiones que en el ámbito de la pareja se producen como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer en tal contexto; su pretensión así es la de proteger a la mujer en un ámbito en el que el legislador aprecia que sus bienes básicos (vida, integridad física y salud) y su libertad y dignidad mismas están insuficientemente protegidos. Su objetivo es también combatir el origen de un abominable tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad y de hacerlo con distintas clases de medidas, entre ellas las penas.

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

Tanto en lo que se refiere a la protección de la vida, la integridad física, la salud, la libertad y la seguridad de las mujeres, que el legislador entiende como insuficientemente protegidos en el ámbito de las relaciones de pareja, como en lo relativo a la lucha contra la desigualdad de la mujer en dicho ámbito, que es una lacra que se imbrica con dicha lesividad, es palmaria la legitimidad constitucional de la finalidad de la ley, y en concreto del precepto penal ahora cuestionado, y la suficiencia al respecto de las razones aportadas por el legislador, que no merecen mayor insistencia. La igualdad sustancial es “elemento definidor de la noción de ciudadanía” (STC 12/2008, de 29 de enero, FJ 5) y contra ella atenta de modo intolerable cierta forma de violencia del varón hacia la mujer que es o fue su pareja: no hay forma más grave de minusvaloración que la que se manifiesta con el uso de la violencia con la finalidad de coartar al otro su más esencial autonomía en su ámbito más personal y de negar su igual e inalienable dignidad.

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

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

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

Con independencia ahora de que la configuración de un sujeto activo común no deja de arrostrar el riesgo de una innecesaria expansión de la in-

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

No resulta reprochable el entendimiento legislativo referente a que una agresión supone un daño mayor en la víctima cuando el agresor actúa conforme a una pauta cultural –la desigualdad en el ámbito de la pareja– generadora de gravísimos daños a sus víctimas y dota así consciente y objetivamente a su comportamiento de un efecto añadido a los propios del uso de la violencia en otro contexto. Por ello, cabe considerar que esta inserción supone una mayor lesividad para la víctima: de un lado, para su seguridad, con la disminución de las expectativas futuras de indemnidad, con el temor a ser de nuevo agredida; de otro, para su libertad, para la libre conformación de su voluntad, porque la consolidación de la discriminación agresiva del varón hacia la mujer en el ámbito de la pareja añade un efecto intimidatorio a la conducta, que restringe las posibilidades de actuación libre de la víctima; y además para su dignidad, en cuanto negadora de su igual condición de persona y en tanto que hace más perceptible ante la sociedad un menosprecio que la identifica con un grupo menospreciado. No resulta irrazonable entender, en suma, que en la agresión del varón hacia la mujer que es o fue su pareja se ve peculiarmente dañada la libertad de ésta; se ve intensificado su sometimiento a la voluntad del agresor y se ve peculiarmente dañada su dignidad, en cuanto persona agredida al amparo de una arraigada estructura desigualitaria que la considera como inferior, como ser con menores competencias, capacidades y derechos a los que cualquier persona merece.

b) Esta razonabilidad legislativa en la apreciación de este desvalor añadido no quiebra, como alega el Auto de cuestionamiento, porque tal desvalor no haya sido considerado en otros delitos más graves –maltrato habitual, deli-

tos contra la libertad sexual, lesiones graves u homicidio. De un lado, porque la comparación no desmiente la razonabilidad en sí de aquel juicio axiológico; de otro, porque tampoco objeta el precepto cuestionado desde la perspectiva del principio genérico de igualdad, al tratarse de delitos de un significativo mayor desvalor y de una pena significativamente mayor. Lo que la argumentación más bien sugiere es o un déficit de protección en los preceptos comparados –lo que supone una especie de desproporción inversa sin, en principio, relevancia constitucional– o una desigualdad por indiferenciación en dichos preceptos merecedora de similar juicio de irrelevancia.

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

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

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

cutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa” (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 9; 161/1997, FJ 12; 136/1999, de 20 de julio, FJ 23).

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

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

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

De la variedad de recursos que pone el legislador en manos del Juez penal merece la pena destacar, en suma, que, cuando la agresión entre cónyuges, ex cónyuges o relaciones análogas sea entre sujetos convivientes distintos a los del primer inciso del art. 153.1 CP –sujeto activo varón y sujeto pasivo mujer– y la víctima sea una persona especialmente vulnerable, dicha agresión será penada del mismo modo que la agresión del varón hacia quien es o fue su pareja femenina, que por las razones expuestas cabe entender como de mayor desvalor. Asimismo, el legislador permite calibrar “las cir-

cunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho” con la imposición de la pena inferior en grado (art. 153.4 CP), que, si es privativa de libertad, coincide con la propia del art. 153.2 CP.

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

a) No puede acogerse la primera de las objeciones. El legislador no presume un mayor desvalor en la conducta descrita de los varones –los potenciales sujetos activos del delito en la interpretación del Auto de cuestionamiento– a través de la presunción de algún rasgo que aumente la antijuridicidad de la conducta o la culpabilidad de su agente. Lo que hace el legislador, y lo justifica razonablemente, es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas en relación con la que tipifica el apartado siguiente. No se trata de una presunción normativa de lesividad, sino de la constatación razonable de tal lesividad a partir de las características de la conducta descrita y, entre ellas, la de su significado objetivo como reproducción de un arraigado modelo agresivo de conducta contra la mujer por parte del varón en el ámbito de la pareja.

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

b) Tampoco puede estimarse la segunda objeción. Cierto es que “la Constitución española consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal” [STC 150/1991, de 4 de julio, FJ 4 a); también SSTC 44/1987, de 9 de abril, FJ 2; 150/1989, de 25 de septiembre, FJ 3; 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2] como derivación de la dignidad de la persona [STC 150/1991, FJ 4 b)], y que ello comporta que la responsabilidad penal es personal, por los hechos y subjetiva: que sólo ca-

be imponer una pena al autor del delito por la comisión del mismo en el uso de su autonomía personal. La pena sólo puede “imponerse al sujeto responsable del ilícito penal” [STC 92/1997, de 8 de mayo, FJ 3; también, STC 146/1994, de 12 de mayo, FJ 4 b)]; “no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal ‘de autor’ que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos” [STC 150/1991, FJ 4 a)]; y no cabe “la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta diligente” del sujeto sancionado, a si concurría “dolo, culpa o negligencia grave y culpa o negligencia leve o simple negligencia” [SSTC 76/1990, de 26 de abril, FJ 4 a); 164/2005, de 20 de junio, FJ 6], al “elemento subjetivo de la culpa” (STC 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2).

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

12. Aun considerando que el sujeto activo del inciso cuestionado del art. 153.1 CP ha de ser un varón, la diferenciación normativa que impugna el Auto de cuestionamiento por comparación con el art. 153.2 CP queda reducida con la adición en aquel artículo de la “persona especialmente vulnerable que conviva con el autor” como posible sujeto pasivo del delito. La diferencia remanente no infringe el art. 14 CE, como ha quedado explicado con anterioridad, porque se trata de una diferenciación razonable, fruto de la amplia libertad de opción de que goza el legislador penal, que, por la limitación y flexibilidad de sus previsiones punitivas, no conduce a consecuencias desproporcionadas. Se trata de una diferenciación razonable porque persigue incrementar la protección de la integridad física, psíquica y moral de las mujeres en un ámbito, el de la pareja, en el que están insuficientemente protegidos, y porque persigue esta legítima finalidad de un modo adecuado a partir de la, a su vez, razonable constatación de una mayor gravedad de las conductas diferenciadas, que toma en cuenta su significado social objetivo y su lesividad peculiar para la seguridad, la libertad y la dignidad de las mujeres. Como esta gravedad no se presume, como la punición se produce precisamente por la consciente realización del más grave comportamiento tipificado, no podemos apreciar vulneración alguna del principio constitucional de culpabilidad.

Por estas razones debemos desestimar la cuestión de inconstitucionalidad planteada.

FALLO

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

Ha decidido

Desestimar la presente cuestión de inconstitucionalidad.

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

Dada en Madrid, a catorce de mayo de dos mil ocho.

Voto particular que formula el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas respecto de la Sentencia de fecha 14 de mayo de 2008, por la que se desestima la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5939-2005 formulada por la Magistrada-Juez del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia respecto del art. 153.1 del Código penal, en su redacción introducida por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

Con el respeto que siempre me merecen mis compañeros aun cuando discrepe de sus criterios, hago uso de la facultad establecida en el artículo 90.2 LOTC, para dar publicidad mediante mi Voto particular a mi apartamiento de la decisión del Tribunal contenida en la Sentencia referida, con base en los argumentos que paso a exponer.

1. Comparto plenamente la sensibilidad de que hace gala la Sentencia respecto del pavoroso fenómeno social de la violencia producida en el ámbito de las relaciones de pareja, de la que no puede negarse que en una abrumadora mayoría son las víctimas más frecuentes las mujeres, y no así los hombres.

Comparto, igualmente, la apreciación de que el legislador en su política criminal puede, e incluso debe, reaccionar mediante la represión de tan odiosa violencia elaborando al respecto los tipos penales con los que sancionar a las personas que incurran en tan censurable conducta.

Pero, afirmados esos datos de coincidencia, la cuestión consiste en determinar si la concreta medida legislativa adoptada para tan plausible fin se ha ajustado a la exigencias constitucionales del moderno Derecho penal, expuestas con convincente rigor en el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por la Magistrada proponente de las mismas, cuya tesis al respecto comparto plenamente en la medida en que me separo, con la misma intensidad, de la respuesta que damos en nuestra Sentencia.

Conviene hacer una observación de partida y es la de la insignificancia de la modificación en que consiste el actual art. 153.1 CP, que no supone propiamente, como insensiblemente induce a pensar la argumentación de la Sentencia, la creación de un tipo penal nuevo, referente a conductas de los varones unidos con una mujer en relación sentimental de pareja o ex pareja, diferente del que con anterioridad a la reforma incriminaba esa misma

conducta, que tiene hoy su correlato en el art. 153.2 CP.

El verdadero cambio significativo en la represión de las conductas que nos ocupan se había producido (por cierto sin unánime aceptación en la doctrina penalista, factor de referencia en la comunidad jurídica no desdeñable cuando se manejan conceptos de razonabilidad en la aplicación del art. 14 CE, según nuestra propia doctrina) con la modificación del art. 153 CP por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, que convirtió lo que antes era una simple falta en delito. Tal modificación, por cierto, fue objeto de las cuestiones de inconstitucionalidad núms. 458-2004 y 4570-2004, que fueron inadmitidas por los AATC 233/2004, de 7 de junio, y 332/2005, de 13 de septiembre, que admitieron la constitucionalidad de la agravación producida por el legislador. Debe destacarse en todo caso que en aquella modificación, como en el actual art. 153.2, no se hacía distinción por razón de sexo; es decir, no se utilizaba el criterio de diferenciación, que es, más que la agravación en sí, insignificante, el que introduce el tipo cuestionado y la razón de su cuestionamiento.

Con dicho tipo (y con el del art. 153.2 CP si no fuera por la selección de víctimas en éste), al ser coincidentes el máximo de la pena a imponer (un año) y la pena alternativa, la mayor gravedad de la conducta del varón, cuando se den razones para ello, podría tener la respuesta de la imposición de la pena en el máximo coincidente, no modificado, lo que ya de por sí es exponente de la no necesidad de la modificación.

La diferencia se produce así, no en el máximo de la pena, sino en el mínimo, tres meses en el caso del art. 153.2 CP, y seis meses en el del art. 153.1 CP. La intervención agravatoria del legislador, asentada sobre la base, (la verdaderamente significativa) de la diferenciación por razón de sexo, se ha producido, pues, exclusivamente para la elevación del mínimo de tres a seis meses.

2. A mi juicio, la interpretación del tipo penal cuestionado no puede ser otra que la que propone la Magistrada cuestionante; y ello sentado, no me resulta aceptable que la Sentencia, tras reconocer, aunque en términos condicionales (FJ 4, párrafo segundo), que esa interpretación “conduciría, en efecto a su inconstitucionalidad si ... fuera la única posible”, se escude en “otras interpretaciones como las manifestadas en numerosos pronunciamientos de los Jueces y los Tribunales ordinarios acerca del expresado tipo penal”, dato de hecho que en un juicio de constitucionalidad no creo que pueda suponer un riguroso criterio de análisis, pues el juicio de esos órganos jurisdiccionales en modo alguno puede sustituir al nuestro, ni al de la Magistrada cuestionante, que debe ser el objeto único de nuestro obligado enjuiciamiento.

3. La Sentencia tiene realmente el significado de una Sentencia de las denominadas interpretativas, sobre cuya base no resulta lógico que la interpretación apreciada como constitucionalmente aceptable, no se haya llevado al fallo, como se hiciera en la STC 24/2004, de 24 de febrero, en otra cuestión de inconstitucionalidad planteada sobre otro tipo penal diferente del actual.

Si la Sentencia se hubiese atendido a la coherencia aconsejable con ese precedente y con la afirmación condicional de la inconstitucionalidad del precepto en la interpretación de la Magistrada cuestionante, a que me acabo de referir en el apartado anterior, lo normal hubiera sido que la declaración de inconstitucionalidad de esa interpretación se hubiese llevado al fallo, sin perjuicio de dejar a salvo las otras interpre-

taciones que la Sentencia (no yo, por supuesto) declara como posibles.

El no hacerlo así supone un grave riesgo de inseguridad jurídica, pues a la postre los órganos jurisdiccionales no tendrán certeza de si la interpretación cuestionada, perfectamente posible según la letra y sentido del precepto, y aceptada como tal por la propia Sentencia, es constitucional o no.

4. Toda la Sentencia se apoya en una base conceptual que, a mi juicio, resulta inadmisiblemente apodíctica: que las conductas previstas en el apartado 1 del art. 153 CP tienen mayor desvalor y consecuentemente mayor gravedad que las del apartado 2, lo que justifica que puedan ser sancionadas con mayor pena. En otros términos: que la agresión producida en el ámbito de las relaciones de pareja del varón a la mujer tienen mayor desvalor que las producidas en esa misma relación por la mujer al varón. Y es sobre esa base apriorística, que por mi parte rechazo, sobre la que se asienta la aplicación al caso del canon de la igualdad.

No puedo aceptar esa base de partida, pues el valor al que el proclamado desvalor corresponde, y que mediante el cuestionado tipo penal se protege, no puede ser otro que el de la dignidad, la libertad o la integridad corporal de la víctima, y en relación con esos valores me resulta sencillamente intolerable que puedan establecerse diferencias por razón de sexo, criterio de diferenciación que choca directamente con la proscripción del art. 14 CE.

Late en el fondo una superada concepción de la mujer como sexo débil [aunque la Sentencia salga al paso de una interpretación tal en el FJ 11, apartado a), párrafo 2] que no considero adecuada a las concepciones hoy vigentes sobre la posición de la mujer ante el Derecho y ante la sociedad.

El factor de la muy desigual frecuencia de las agresiones producidas por individuos de uno y otro sexo es simplemente de índole numérica, y no cabe, a mi juicio, convertir un factor numérico en categoría axiológica.

La mayor frecuencia de agresiones producidas por varones respecto de las mujeres que las producidas por éstas respecto a aquéllos podrá determinar la consecuencia de que deban ser más los varones sancionados que las mujeres; pero no me parece constitucionalmente aceptable que la gravedad de la conducta y la intensidad de su sanción se decidan en razón del sexo del autor y víctima del delito.

Frente a lo que afirma la Sentencia (FJ 7, párrafo 1) precisamente “constituye el del sexo de los sujetos activo y pasivo un factor exclusivo o determinante de los tratamientos diferenciados”, y ese tratamiento diferenciado me parece incompatible con el art. 14 CE.

En el análisis de la comparación que la Magistrada cuestionante propone entre el apartado 1 del art. 153 y el 2 la Sentencia discurre en el fundamento jurídico 7 como si se tratase de la tipificación de dos conductas distintas, una con mayor gravedad (la del apartado 1) que la otra (la del apartado 2). Pero ese planteamiento incurre, a mi juicio, en un error.

Entre ambos apartados del art. 153 no existe una diferencia de delitos, ni de conductas, sino de víctimas, como lo evidencia la dicción legal del apartado 2 al identificar los delitos: “si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuera”. Se trata, pues, de un mismo delito y por tanto de igual desvalor, siendo así la diferenciación de víctimas la única razón del distinto trato penológico, y no un pretendido mayor desvalor, a menos que, contra la dicción inequívoca del texto legal, se afirme, como hace erróneamente la Sentencia, que los delitos son distintos.

Si la consideración del mayor desvalor es la clave de la Sentencia, o mejor, lo es la apreciación por el legislador de ese mayor desvalor como clave del tipo, lo mínimamente exigible, cuando se está cuestionando el precepto desde la óptica del art. 14

CE, sería que ese mayor desvalor, que es en realidad lo cuestionado, se justificase de modo incuestionable. Y es el caso que esa justificación está ausente de la Sentencia.

La única explicación que se propone es la de que las conductas incriminadas en el art. 153.1 (FJ 7, párrafo 1) “no son otra cosa ... que el 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”.

Como se ve se salta de afirmación apodíctica a afirmación apodíctica, pues no se ve la razón de que se pueda dar por sentado, cual se hace al argumentar así, que en el ámbito de las relaciones de pareja exista hoy una relación de desigualdad y una posición subordinada de la mujer, cualquiera que fuese la lamentable situación del pasado, y de la que la violencia incriminada pueda ser trasunto.

Pauta cultural de desigualdad en el ámbito de la pareja, es expresión que se usa en la misma línea discursiva (FJ 9, apartado a, párrafo 4), y que, de poder ser atendible, supone el riesgo de caer en una culpabilización colectiva de los varones, pues en rigor, si la conducta individual no se valora en los elementos de su propia individualidad en el plano de la culpa, sino en cuanto trasunto de un fenómeno colectivo, la sombra de la culpa colectiva aparece bastante próxima.

La Sentencia, pues, pese a su extensión, se asienta sobre el vacío, ya que a lo largo de todos sus fundamentos a la hora de aplicar el canon del art. 14 CE en sus diversos criterios componentes, reaparece en cada caso, a modo de un estribillo constante, la alusión al mayor desvalor y gravedad, carentes de partida, como se ha dicho, de justificación argumental en la Sentencia.

5. A la hora de analizar el tipo penal cuestionado desde la óptica de la igualdad (dada la comparación que se propone por la Magistrada cuestionante entre el art. 153.1 y el 153.2; o mejor, la posición de los varones y las mujeres en relación a los respectivos tipos), y a efectos de aplicar el canon usual en nuestra doctrina sobre la aplicación del art. 14 CE, no considero que la diferencia de trato entre varones y mujeres pueda superar el primer elemento de razonabilidad, en contra de lo que al respecto se razona en la Sentencia.

Habida cuenta de que el problema consiste en justificar una diferenciación que en el nuevo tipo legal se establece en razón de la condición de varón del autor (según he sostenido antes contra lo afirmado en la Sentencia), es necesario demostrar “que la citada norma penal se revele como funcional a tal fin [el de la mayor protección de la mujer] frente a una alternativa no diferenciadora” (FJ 9, párrafo 1).

Pues bien, si se advierte que esa “alternativa no diferenciadora” era precisamente la que se materializaba en la precedente redacción del art. 153 CP; que la pena establecida en su máximo y en su pena alternativa era la misma que la del actual art. 153.2, tras la modificación producida por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre (máximo y pena alternativa a su vez coincidentes con las del correlativo art. 153.1 actual), y que la única diferencia de pena, según se indicó al principio, consiste en el mínimo (elevación de tres a seis meses), el factor a justificar desde el prisma conceptual de la razonabilidad no es otro que el de ese mínimo.

Y al respecto debe destacarse que el nivel de pena fijado por el grado mínimo del nuevo tipo podía perfectamente alcanzarse en el precedente, el de “la alternativa no diferenciadora”, de que habla el texto de la Sentencia, lo que pone en evidencia la innecesariedad de la modificación legal, pues de existir alguna circunstancia especialmente significativa en el caso de la agresión del varón a la mujer en la relación de pareja, en el sentido del mayor desvalor que arguye la Sentencia, a la hora de la individualización de la pena dentro del margen penológico del tipo de precedente vigente (coincidente, como se ha señalado con insistencia, con el del actual art. 153.2 CP),

quedaría abierta la vía para su imposición en un grado igual o superior al que establece el mínimo del tipo hoy vigente, objeto de la cuestión de inconstitucionalidad. Si, pues, desde la funcionalidad al fin de protección de la mujer, el tratamiento penalógico diferenciado por razón de sexo resultaba innecesario, considero que en dichas condiciones la introducción legal de una diferencia por razón de sexo no puede ser en modo alguno razonable.

6. La Sentencia insensiblemente está introduciendo un elemento en el tipo, a lomos de la idea del mayor desvalor que, a mi juicio, no consta ni explícita ni implícitamente en aquél, lo que resulta vedado por el principio penal constitucional de legalidad, ineludible, según constante doctrina de este Tribunal Constitucional, en el art. 25 CE.

La Sentencia trata de justificar lo hecho por el legislador por las razones que, a su juicio, le llevaron a hacerlo, cuando, al mío, se deben diferenciar uno y otro plano.

Las razones que llevaron al legislador a modificar el Código penal para intensificar la represión de las agresiones inferidas a las mujeres en las relaciones de pareja (por cierto las de menor entidad, que no son precisamente la que provocan el horror que nos presenta la vida diaria de tantas víctimas, y en las que insensiblemente se piensa al enfrentarse al tipo cuestionado, que nada tiene que ver con aquéllos), quedan fuera del tipo penal, si no se introducen explícitamente en él; y por tanto no pueden ser elemento de consideración, al enjuiciar la constitucionalidad del tipo, so pena de desbordar los límites del art. 25 CE.

En tal sentido emito mi Voto.

Madrid, a catorce de mayo de dos mil ocho.

Voto particular que formula el Magistrado don Javier Delgado Barrio respecto de la Sentencia de 14 de mayo de 2008, dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5939-2005.

Con el respeto que siempre me merece la opinión de mis compañeros, dejo constancia de las razones que me separan de dicha Sentencia.

1. Mi discrepancia va referida fundamentalmente al fallo, pues cuestionada en estos autos la constitucionalidad del art. 153.1 CP, y dado que la Sentencia no declara expresamente su carácter interpretativo, la simple lectura del pronunciamiento desestimatorio puede conducir a la conclusión de que el citado precepto, con el solo contenido que expresamente recoge, resulta ser conforme con la Constitución.

Y no es así. Como fácilmente se aprecia en el sentido implícito en los razonamientos jurídicos de la Sentencia, y en términos más expresivos en el segundo párrafo de su fundamento jurídico 4, la norma cuestionada en la pura literalidad de su redacción es claramente inconstitucional, calificación última esta de la que se salva merced a la introducción en el tipo de un nuevo elemento que el legislador no ha incluido expresamente, pero que la Sentencia añade a la descripción legal: para que una conducta sea subsumible en el art. 153.1 CP no basta con que se ajuste cumplidamente a la detallada descripción que contiene, sino que es preciso además que el desarrollo de los hechos constituya “manifestación de la discriminación, situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres” (FJ 9.a).

2. En efecto, la Sentencia hace una interpretación sistemática y finalista del art. 153.1 CP –art. 3.1 del título preliminar del Código civil– y, atendido su contexto –art. 1 de la Ley Orgánica 1/2004–, en el que encuentra su finalidad, llega a una clara conclusión:

La *ratio* de la constitucionalidad del precepto, interpretado a la luz de su finalidad, es el “mayor desvalor” de “las agresiones del varón hacia la mujer que es o que fue su pa-

reja afectiva” y que “tienen una gravedad mayor que cualesquiera otras en el mismo ámbito relacional porque corresponden a un arraigado tipo de violencia que es manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres” –FJ 9.a). De ello deriva evidentemente que cuando no concurre ese “mayor desvalor”, es decir, cuando no concurre esa situación de discriminación, desigualdad o relación de poder, que es la justificación constitucional del precepto, éste devendrá inaplicable.

Y esta inaplicabilidad del art. 153.1 CP por no apreciarse en los hechos enjuiciados en cada proceso la situación señalada, en lo que es propio de la técnica jurídica penal, significa que la invocada situación de discriminación, desigualdad o relación de poder se integra en el tipo, como elemento de hecho constitutivo del mismo, lo que justifica su inaplicación cuando no concurre por virtud de las exigencias materiales del principio de legalidad –art. 25.1 CE.

3. Esta introducción en el tipo descrito en el art. 153.1 CP de un nuevo elemento que no aparece en su texto expreso hace necesario examinar si se han respetado las garantías materiales de la predeterminación normativa propia del ámbito sancionador que se establecen en el art. 25.1 CE.

Entiendo que los criterios interpretativos al uso en la comunidad científica –STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 6– permiten, mediante una interpretación sistemática y finalista del art. 153.1 CP, llegar a la solución que implícitamente mantiene la Sentencia y que conduce a reducir el ámbito incriminatorio del precepto, sin traspasar los límites propios de la función de este Tribunal como colegislador negativo.

4. Ya en este punto, es de subrayar que todas las sentencias dictadas, en lo que ahora importa, en los procesos de declaración de inconstitucionalidad, en cuanto que en ellas se “enjuicia la conformidad o disconformidad” –art. 27.1 LOTC– con la Constitución de la norma objeto del debate, han de llevar a cabo la tarea dirigida a indagar el sentido de dicha norma, “operación que forzosamente coloca a este Tribunal en el terreno de la interpretación de la legalidad” –STC 202/2003, de 17 de noviembre, FJ 6–, de suerte que la conclusión a la que se llegue en este terreno constituye un *prius lógico* insoslayable para decidir sobre la constitucionalidad del precepto debatido.

Es claro, pues, que tanto las sentencias estimatorias como las desestimatorias, en cuanto que han de llegar a un determinado entendimiento del precepto discutido, podrían considerarse interpretativas. Pero no es este concepto tan amplio el que venimos utilizando: una sentencia puede calificarse de interpretativa, en el sentido propio de esta expresión, cuando excluye una cierta interpretación por inconstitucional, o cuando impone otra por entender que es la conforme con la Constitución. Y en estos supuestos, dado que se está llevando a cabo un esclarecimiento, mejor, una depuración del ordenamiento jurídico, precisamente para asegurar la primacía de la Constitución –art. 27.1 LOTC–, la seguridad jurídica en conexión con el principio de la publicidad de las normas –art. 9.3 CE– demandan que la nueva claridad que deriva de la sentencia, a publicar en el “Boletín Oficial del Estado” –art. 164 CE–, se haga ostensible en la parte de ésta que es más adecuada para ello, es decir, obviamente, en el fallo.

En estos autos, la Sentencia implícitamente está declarando la inconstitucionalidad del precepto cuestionado en la interpretación que se atiene a la pura literalidad de su texto sin más, es decir, sin incorporar un nuevo elemento al tipo, y al propio tiempo declarando su constitucionalidad sobre la base de que concurre aquella situación de discriminación, desigualdad o relación de poder que, si atendemos “al espíritu y finalidad” de la norma –art. 3.1 del título preliminar del Código civil–, resulta ser elemento del tipo.

Así las cosas, llego a la conclusión de que este entendimiento del precepto cuestionado debió recogerse en el fallo por las razones de índole general ya señaladas para todas las sentencias interpretativas, a las que en este caso han de añadirse las específicas propias de la materia penal “en atención a los valores de la seguridad jurídica que informan la garantía constitucional del art. 25.1 CE” –STC 283/2006, de 9 de octubre, FJ 5–, lo que además resultaba intensamente indicado aquí, dado que el elemento incorporado al tipo deriva de un contexto y una finalidad que no resultan del Código penal sino de la Ley Orgánica 1/2004, que es la que introdujo el precepto debatido.

He de recordar en esta línea el fallo de la STC 24/2004, de 24 de febrero.

Y este es mi parecer, del que dejo constancia con el máximo respeto a mis compañeros.

Madrid, a catorce de mayo de dos mil ocho.

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 ti-*

po 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 apodícticamente 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 pudiera 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 subjeti-

vo: “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 fundamento jurídico 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 catorce de mayo de dos mil ocho.

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 fundamento jurídico 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 psíquico 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 si-

do 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 circunstancias 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 más visible en el caso de agresiones recíprocas, en que los mismos hechos, producidos simultáneamente, pueden ser objeto de sanciones de gravedad diferente.

3. 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 fórmula 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 repute implícito o ínsito 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 dos mil ocho.