

b) La Sentencia, pese a su carácter interpretativo (FJ 4 *ab initio*), no cumple la función propia de esta clase de Sentencias, incurriendo en una ambigüedad inaceptable, puesto que no delimita cuál es la interpretación incompatible con la Constitución, ni expone las razones por las que llega a tal conclusión, ni lo refleja en el fallo, ni tan siquiera concreta si son todos o alguno de los preceptos constitucionales invocados los que vedan la interpretación que tan apodícticamente se estigmatiza.

c) Si lo que hubiera que someter a comparación fuera el mero maltrato que hombre y mujer pudieran 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 el art. 153.1 CP lesione el principio de igualdad. 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. 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 se exija la necesidad de probar que se ha actuado abusando de esa situación de dominación.

d) 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». 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.

e) 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 precepto cuestionado. 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.

Madrid, a veinticuatro de julio de dos mil ocho.—Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas, respecto a la Sentencia del Pleno de fecha 24 de julio de 2008 dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4655-2006

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

Parto de la base de que la cuestión planteada ante este Tribunal por el Juzgado de lo Penal núm. 26 de Madrid,

sobre el art. 153.1 del Código penal, reformado por la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, está formulada con gran rigor jurídico y asentada en sólidos argumentos, hasta el punto de que si la interpretación del precepto, que se hace razonablemente en el correspondiente Auto, fuera la única posible, conduciría inexorablemente a la declaración de inconstitucionalidad; conclusión a la que también llega la Sentencia de la mayoría en el FJ 4.

Discrepo abiertamente del fallo de la Sentencia en cuanto a la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4655-2006, en sentido contrario, remitiéndome al Voto particular que formulé en la cuestión de inconstitucionalidad 5939-2005.

Madrid, a veinticuatro de julio de dos mil ocho.—Ramón Rodríguez Arribas.—Firmado y rubricado.

14041 *Pleno. Sentencia 97/2008, de 24 de julio de 2008. Cuestión de inconstitucionalidad 10487-2006. Planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Valladolid respecto al artículo 153.1 del Código penal en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.*

Supuesta vulneración del principio de igualdad: STC 59/2008. Votos particulares.

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Trepms, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 10487-2006, planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Valladolid, respecto al primer inciso del art. 153.1 del Código penal 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. Han comparecido 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.

I. Antecedentes

1. El día 21 de noviembre de 2006 tiene entrada en el Registro General de este Tribunal un escrito del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Valladolid al que se acompaña, junto al testimonio del correspondiente procedimiento (juicio rápido 336-2006), el Auto del referido Juzgado de 19 de octubre de 2006 en el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto al primer inciso del art. 153.1 del Código penal por su posible contradicción con el art. 14 de la Constitución.

2. En el procedimiento reseñado se celebró el juicio oral, y tras el mismo, se acordó oír a las partes y al Ministerio Fiscal, por el plazo común e improrrogable de diez días, para que pudieran alegar sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto al

art. 153.1 CP por posible vulneración del principio de igualdad (art. 14 CE). A tal planteamiento se opuso el Ministerio Fiscal y la denunciante, y a la vez denunciada. El denunciante, y a su vez denunciado, considera que el precepto aplicable es inconstitucional en cuanto que vulnera el principio de igualdad.

3. Consideran los Autos de cuestionamiento que el primer inciso del art. 153.1 CP «colisiona frontalmente contra el principio de igualdad consagrado en el art. 14 CE». Interpreta la Magistrada, a partir de la dicción del art. 1.1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, que la agravación se fundamenta exclusivamente en el sexo de los sujetos del delito, ciñendo el ámbito del sujeto activo al hombre y del sujeto pasivo a la mujer». La norma penal, con su tratamiento punitivo diferente, «no supone una acción positiva sino una discriminación negativa hacia el hombre» carente de justificación por parte del legislador, que «exige requisitos para su especial protección a otros grupos de familiares que sí precisan de atención preferente (ancianos o niños) que en ningún caso se precisan para la especial punición cuando la víctima es una mujer (convivencia y acreditación de su especial vulnerabilidad)». Considera así que «puede estimarse que el legislador ha establecido una presunción, *iuris et de iure*, de que la mujer es en cualquier caso 'persona especialmente vulnerable' ... en clara oposición a la dignidad de la mujer, con vulneración de los dispuesto en el art. 10.1 CE».

Entienden, en fin, los Autos que quedaría eliminada la duda de constitucionalidad de la norma con «la simple eliminación de la referencia al sexo de los sujetos como criterio cualificativo de la agravación ... y manteniendo como víctimas objeto de especial protección aquellas que sean especialmente vulnerables, con la correlativa imposición de la carga probatoria al respecto».

4. La Sección Tercera de este Tribunal acuerda, mediante providencia de 16 de enero de 2007, admitir a trámite la cuestión que sobre la constitucionalidad del art. 153.1 CP ha planteado el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Valladolid, así como dar traslado de las actuaciones recibidas, de conformidad con el art. 37.2 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado por conducto de sus Presidentes; al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia; y al Fiscal General del Estado, al objeto de que en el plazo de quince días puedan personarse en el proceso correspondiente y formular las alegaciones que estimen convenientes. En la misma resolución se acuerda publicar la incoación de las cuestiones en el Boletín Oficial del Estado.

5. Mediante escrito de 29 de enero de 2007, el Presidente del Congreso de los Diputados comunica el Acuerdo de la Mesa de la Cámara de personación en el procedimiento y de ofrecimiento de colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

6. El Presidente del Senado comunica, en su escrito de 30 de enero de 2007, que la Mesa de la Cámara ha acordado personarse en el procedimiento y dar por ofrecida su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

7. El Abogado del Estado se persona en el procedimiento en nombre del Gobierno, solicitando en su escrito de alegaciones, de 25 de enero de 2007, la desestimación la cuestión.

En relación con el cuestionamiento del art. 153.1 CP desde el art. 14 CE entiende que, «aunque el precepto se inspira esencialmente en la protección de la mujer en el ámbito del matrimonio o relación afín, no es reconducible al esquema simplista que propone el Auto, colocando en exclusividad a los sexos en el lado activo o en el pasivo del delito. Sólo la fragmentación –en definitiva mutilación– del texto puede llevar a tal consecuencia». Así, el

precepto incluye también como sujeto pasivo a las personas especialmente vulnerables, que pueden serlo de cualquier sexo, sin que la persona que comete esta agresión contra el vulnerable pueda tampoco identificarse por el sexo. «Acaso no sea difícil comprender también que una interperación conjunta de esos dos términos permite una interacción recíproca entre ambos. Así, la especial vulnerabilidad, alineada con la condición femenina no parece que se haya de limitar a personas impedidas o indefensas, sino a cualesquiera que por cualquier causa, incluso ocasional, permita apreciar una mayor vulnerabilidad relativa con el agresor. Y a la inversa, estimar que 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 –según la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2004– es esa actuación discriminatoria frente a las mujeres por el hecho de serlo».

El art. 10 CE «aparece aludido en el Auto» de un modo «marginal y accesorio». Apunta el Abogado del Estado que, en todo caso, «ni el legislador menosprecia a la mujer por considerarla más vulnerable, ni envilece al sexo masculino, tachándolo de maltratador u opresor de la mujer. El legislador diseña un tipo de delito en la forma que mejor corresponde a la realidad sociológica que el propio Auto reconoce y lamenta».

8. En su escrito de alegaciones, de 1 de febrero de 2007, el Fiscal General del Estado concluye que la norma cuestionada no vulnera el ordenamiento constitucional. Para la argumentación de esta conclusión se remite a lo ya alegado en la cuestión de inconstitucionalidad 5939-2005, del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia. Un resumen de tales alegaciones se incluye en el fundamento jurídico 5 de la STC 59/2008, de 14 de mayo.

9. Mediante providencia de 22 julio de 2008 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 24 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

Único. Las presentes cuestiones de inconstitucionalidad coinciden plenamente en su contenido con las planteadas por la misma Magistrada-Juez como titular del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Valladolid. Estas últimas cuestiones fueron resueltas en sentido desestimatorio por la Sentencia del Pleno de este Tribunal 76/2008, de 3 de julio (cuestiones 6618-2005 y acumuladas), que se remitía en lo esencial a la doctrina establecida por la STC 59/2008, de 14 de mayo. Procede, en consecuencia, que dictemos un nuevo fallo desestimatorio de las cuestiones planteadas ahora por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Valladolid, y que nos remitamos para su fundamentación a la de la citada STC 76/2008, de 3 de julio.

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 cuestión de inconstitucionalidad núm. 10487-2006.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veinticuatro de julio de dos mil ocho.–María Emilia Casas Baamonde.–Guillermo Jiménez Sánchez.–Vicente Conde Martín de Hijas.–Javier Delgado Barrio.–Elisa Pérez Vera.–Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.–Ramón Rodríguez Arribas.–Pascual Sala Sánchez.–Manuel Aragón Reyes.–Pablo Pérez Tremps.–Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas respecto de la Sentencia de fecha 24 de julio de 2008, dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 10487-2006, planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Valladolid, respecto al primer inciso del art. 153.1 del Código penal 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.

En la medida en que la Sentencia consiste en la explícita aplicación a las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas de la precedente STC 59/2008, de 14 de mayo, respecto de la que formulé Voto particular disidente, en coherencia con el mismo, ejercitando la facultad establecida en el art. 90.2 LOTC, reitero respecto a la actual la misma disidencia, remitiéndome a los argumentos del referido Voto, y todo ello proclamando mi respeto por la tesis de los Magistrados de cuyo criterio discrepo.

Madrid, a veinticuatro de julio de dos mil ocho.– Vicente Conde Martín de Hijas.–Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Javier Delgado Barrio respecto de la Sentencia de 24 de julio de 2008, dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 10487-2006

La indicada Sentencia reitera la doctrina sentada en la STC 59/2008, de 14 de mayo, dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5939-2005, por lo que, puesto que mantengo mi discrepancia, me remito al Voto particular que formulé respecto de esta última.

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

Madrid, a veinticuatro de julio de dos mil ocho.–Javier Delgado Barrio.–Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez a la Sentencia del Pleno que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad núm. 10487-2006, sobre el art. 153.1 del Código penal, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre.

Haciendo uso de la facultad atribuida por el art. 90.2 LOTC expreso en este Voto particular mi discrepancia respecto de la fundamentación jurídica y la parte dispositiva de la Sentencia aprobada por el Pleno, que se remite a la doctrina fijada en la STC 59/2008, de 14 de mayo, a la que formulé Voto particular.

Sostuve entonces, y ahora lo reitero, la constitucionalidad de las medidas penales que proporcionen un tratamiento diferenciado y agravado de la violencia de género. Pero mi discrepancia con la Sentencia se centra en cinco aspectos, desarrollados en el Voto particular al que me remito (BOE de 4 de junio de 2008), que ahora sintetizo:

a) La 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.

b) La Sentencia, pese a su carácter interpretativo (FJ 4 *ab initio*), no cumple la función propia de esta clase de sentencias, incurriendo en una ambigüedad inaceptable, puesto que no delimita cuál es la interpretación incompatible con la Constitución, ni expone las razones por las que llega a tal conclusión, ni lo refleja en el fallo, ni tan siquiera concreta si son todos o alguno de los preceptos constitucionales invocados los que vedan la interpretación que tan apodícticamente se estigmatiza.

c) Si lo que hubiera que someter a comparación fuera el mero maltrato que hombre y mujer pudieran 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 el art. 153.1 CP lesione el principio de igualdad. 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. 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 se exija la necesidad de probar que se ha actuado abusando de esa situación de dominación.

d) 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». 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.

e) 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 precepto cuestionado. 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.

Madrid, a veinticuatro de julio de dos mil ocho.–Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.–Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas, respecto a la Sentencia del Pleno de fecha 24 de julio de 2008 dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 10487-2006

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

Parto de la base de que la cuestión planteada ante este Tribunal por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Valladolid, sobre el art. 153.1 del Código penal, reformado por la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, está formulada con gran rigor jurídico y asentada en sólidos argumentos, hasta el punto de que si la interpretación del precepto, que se hace razonablemente en el correspondiente Auto, fuera la única posible, conduciría inexorablemente a la declaración de inconstitucionalidad; conclusión a la que también llega la Sentencia de la mayoría en el FJ 4.

Discrepo abiertamente del fallo de la Sentencia en cuanto a la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad núm. 10487-2006, en sentido contrario, remitiéndome al Voto particular que formulé en la cuestión de inconstitucionalidad 5939-2005.

Madrid, a veinticuatro de julio de dos mil ocho.—Ramón Rodríguez Arribas.—Firmado y rubricado.

14042 *Pleno. Sentencia 98/2008, de 24 de julio de 2008. Cuestión de inconstitucionalidad 51-2007. Planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Murcia respecto al artículo 153.1 del Código penal en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.*

Supuesta vulneración de los principios de igualdad y de culpabilidad: STC 59/2008. Votos particulares.

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, doña Elisa Pérez Vera, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 51-2007, planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Murcia, respecto al art. 153.1 del Código penal 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. Han comparecido el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El día 3 de enero de 2007 tiene entrada en el Registro General de este Tribunal un escrito del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Murcia al que se acompaña, junto al testimonio del correspondiente procedimiento (juicio rápido 273-2006), el Auto del referido Juzgado de 15 de noviembre de 2006 en el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto al art. 153.1 del Código penal por su posible contradicción con los arts. 10.1, 14 y 24.2 de la Constitución.

2. En el procedimiento reseñado se celebró el juicio oral, y tras el mismo, se acordó oír a las partes y al Ministerio Fiscal, por el plazo común e improrrogable de diez días, para que pudieran alegar sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto al art. 153.1 CP por posible vulneración de los artículos 10.1, 14 y 24.2 CE. Sólo presenta alegaciones la representación del acusado, y lo hace interesando el planteamiento de la cuestión.

3. Considera el Auto de cuestionamiento que el art. 153.1 CP no satisface las exigencias de los arts. 14, 24.2 y 10.1 CE, en la medida en que establece una diferencia de trato punitivo en función del sexo de los sujetos

activo y pasivo, sin que pueda reconocerse un criterio objetivo razonable que justifique tal diferenciación, de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados.

Tras analizar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 35.2 LOTC, formular el juicio de relevancia y relatar la evolución del precepto, los Autos precisan que la duda de constitucionalidad se suscita, tan sólo, respecto al primer inciso del párrafo 1 del art. 153 CP, en cuanto hace referencia a la condición necesariamente femenina de la víctima y, correlativamente, masculina del agresor, como elemento de agravación de la pena de prisión que constituye uno de los términos de la alternativa y de la pena potestativa de inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, con los efectos reflejos correspondientes descritos en cuanto a la agravación del párrafo 3, a la atenuación del último párrafo y al régimen de alternativas a la ejecución de penas privativas de libertad. No se cuestiona, por el contrario, la constitucionalidad de la agravación referida a la condición de persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

El precepto cuestionado vulneraría el art. 14 CE «en razón de la discriminación por razón de sexo que dimana de la definición de los sujetos activo y pasivo en el precepto cuya constitucionalidad se cuestiona», si bien toda la argumentación se apoya en la jurisprudencia de este Tribunal referida la cláusula general de igualdad.

Constatada la diferencia de trato, se analiza la justificación de dicha diferencia desde la perspectiva de la doctrina de la «acción positiva», concluyendo que las medidas penales como la cuestionada, que endurecen la respuesta punitiva en atención a la diferenciación sexual, no tienen el carácter de «acciones positivas», ni pueden entenderse esta tipificación como una fórmula de «reparación o compensación» colectivas por pretéritas discriminaciones sufridas por las mujeres como grupo social, pues se traduciría en la imputación a cada acusado varón de una responsabilidad también colectiva, como «representante o heredero del grupo opresor», lo que chocaría frontalmente con el principio de culpabilidad que rige el Derecho penal.

A continuación, se aborda el juicio de proporcionalidad entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida, subrayando el Auto la naturaleza penal de las medidas, sin que ni la finalidad preventiva de las conductas, ni el «argumento estadístico» permitan justificar la agravación de la sanción penal ante conductas idénticas en atención al sexo masculino del autor y femenino de la víctima. En cuanto al fundamento de la agravación como medida antidiscriminatoria, exigiendo un móvil o ánimo discriminatorio, en conexión con la definición de violencia de género contenida en el art. 1.1 de la Ley Orgánica 1/2004, entiende la Juez que la vinculación del art. 153.1 CP con el concepto de violencia de género es arriesgada, habida cuenta de que el legislador no ha empleado aquí el término «violencia de género» y que dicho móvil o ánimo discriminatorio es concebible, al menos en abstracto, tanto respecto de sujetos activos hombres como de sujetos activos mujeres. Además, una presunción de intención discriminatoria en la conducta penal descrita vulneraría el principio de culpabilidad, de responsabilidad por el hecho y de presunción de inocencia, recuperando el Derecho penal de autor. El sujeto activo se erige, por razón de su pertenencia al grupo identificado como opresor, en agresor cualificado, con independencia de que el sujeto, en concreto, realice o no la conducta «opresora» o discriminatoria, sin exigir que esa conducta concreta cometida por él, con nombre y apellidos y no por «un hombre», se revele discriminatoria.

Por otra parte, se alega que la limitación de la conducta típica a la violencia conyugal es sospechosa de arbitrariedad, pues la dominación violenta del hombre