



Procedimiento: J. Faltas 948/05



JUZGADO DE INSTRUCCION 24

*Plaza de Castilla, 1, 7º
Madrid-28071*

AUTO

En Madrid, a 01 de marzo de 2006

HECHOS

ÚNICO.- Con fecha 31-7-05 se presentó denuncia en este Juzgado por parte de N. M. O. contra la que fue su mujer Y. M. M. imputándole el cambio de cerradura in consentido de lo que fue su domicilio conyugal que dio lugar a la incoación del oportuno juicio de faltas por coacciones que se celebró el pasado 5-10-05 siendo que el 6-10 del mismo año por providencia de la que se dio traslado a las partes se planteó la posibilidad de interpretar que el artículo 620.1 .2º, 2 y 3 del Código Penal según su redacción conforme a la L. O. 1/04 de 28-12 pudiera vulnerar el principio de proporcionalidad respecto al artículo 172 del C. Penal e ir en contra de los artículos 25, 17.1 , 9.2, 9.3, 24.2 y 53 de la Constitución Española (en adelante C.E.) así como el derecho a la igualdad (art 14, 9.2 y 9.3 de la C.E.) a la dignidad de la persona (art 10 C.E.) y a la presunción de inocencia (Art. 24.2 C. E.) providencia que contó con la oposición a la consideración de inconstitucionalidad por parte del M. Fiscal y con el apoyo del letrado de la denunciada , y que da lugar al presente auto.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.-

1.- Los poderes públicos, principalmente en este caso, el legislador, deben procurar la igualdad (Art. 9.2 C. E.) , referida a las personas, por el mero hecho de serlo (Art. 10.1. C. E.) y no en función del sexo que tengan , porque el sexo es una contingencia que depende de la Naturaleza y no de la voluntad ni de la acción pública de las personas.



Según la Sentencia 12-2-01 del Tribunal Constitucional el principio de igualdad Constitucional supone que a identidad de supuestos no se puede seguir una aplicación normativa desigual sin causa razonable, y si consideramos que los hombres son personas, no es más grave sino simplemente tan injusto y discriminatorio, maltratar, amenazar o coaccionar a una mujer como a un hombre

2.- Deben sacarse del Ordenamiento Jurídico aquellas disposiciones legales que, en materia de Derecho Penal, (protección de los bienes jurídicos más relevantes de los ataques más graves a los mismos a través de la sanción penal) protegen más y diferentemente a un sexo, respecto a otro, porque el Derecho Penal protege a personas a través de la sanción penal y no a sexos.

Es misión del Tribunal Constitucional velar por los derechos y libertades públicas, incluso desenmascarando “formales” formulaciones legales que encubren graves discriminaciones.

La Ley Orgánica 1/04 integral de medidas contra la violencia de género, aprobada conjuntamente en el Parlamento por progresistas y conservadores nace para compensar la discriminación en ciertos ámbitos de la mujer, y con toda la buena voluntad que se quiera, cuando entra en el campo del Derecho Penal, sencillamente, cae en la discriminación contra los hombres.

3.- No es exportable la doctrina ni la jurisprudencia que sobre la igualdad se ha desarrollado en el campo del Derecho Laboral, al campo del Derecho Penal, ni su corrección, para la consecución de la igualdad de oportunidades, operada a través de la llamada discriminación positiva ni aun de las medidas de acción positiva, porque cada campo del Ordenamiento Jurídico se rige por principios singulares, y en este caso distintos.

Los supuestos observados entre otros en las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea casos Kalanke 17-10-1995, Marschall 11-11-1997 Badeck 28-3-2000, Katarina Abrahamsson 6-7-00 Julia Schnorbus, 7-12-2000 o Lommers 19-3-2002 versan todas sobre materia laboral y nunca sobre materia penal.

4.- El Derecho Penal difiere del Derecho Laboral en algo tan principal como que tienen naturaleza distinta, ya que el primero pertenece al campo del Derecho Público, y en lugar de resolver situaciones privadas, busca siempre la satisfacción del interés común que no puede, en ningún caso, confundirse con los intereses del sexo del 50% de la población, sobre todo si lo hace diferente del otro 50%, porque entonces se priman los sexos sobre la calidad de la persona en sí misma considerada.

Hay un principio fundamental del Derecho Penal, el de la personalidad de la pena que otros llaman principio de responsabilidad personal, por el cual el autor debe de haber realizado, como mínimo, una acción culpable, y por lo tanto nadie puede responder por las acciones de otro.

El Tribunal Constitucional (STC 131/87) dice que el principio de la personalidad de las consecuencias jurídico-penales se contienen en el principio de legalidad y como señala la STC 9-5-90 de la vigencia de ese principio de personalidad se derivan exigencias para la interpretación de la Ley Penal, que no tienen nada que ver con las de la Ley Laboral y que llevan a presumir en el presente caso que el plus de pena que se pone al varón por hacer lo mismo que la hembra, trata de penar acciones machistas de sus antecesores en el pasado que él no ha cometido



y por lo tanto que llevan a concluir que la razón del plus de pena ante lo mismo solo para el varón es para castigar algo que hicieron otros en el pasado.

5.- El Derecho Penal se concibe como un Derecho que sanciona acciones o hechos humanos (Derecho Penal del Hecho) y no actitudes o conductas sobre la personalidad o la pertenencia a un grupo de su autor (Derecho Penal de Autor) Por ello, la misma acción (amenazar, coaccionar o maltratar) debe llevar aparejada la misma categoría de infracción (delito o falta) para cualquier autor que la realice , con independencia del sexo (que no puede elegirse) que tenga.

El sexo no se puede elegir, y no debe erigirse en una circunstancia, y menos en un criterio de razón sobre el que cabalgar un plus de antijuridicidad o culpabilidad, porque no incide en la acción punible e ilícita.

La discriminación por el criterio sexual es, según la doctrina, “sospechosa” , porque no depende de la trayectoria individual de las personas , les viene dado por lotería genética, es un criterio inmutable, transparente, y no es voluntario ni disponible , por eso además de nuestro art. 14 de la C. E. todas las grandes proclamaciones programáticas de derechos humanos y libertades , la última el art. 21 de la carta de Derechos Fundamentales, proclamada en Niza el 23-12 -00, prohíben cualquier discriminación basada en el sexo .

Igualmente las víctimas no pueden ser discriminadas en razón del sexo porque no lo eligen y porque como víctimas deben ser protegidas por igual.

6.- Castigar una misma acción (coaccionar) en todo caso y siempre como delito si se realiza sobre una persona de un sexo (femenino) y como falta, si es del sexo contrario (masculino) , es discriminatorio , y contrario al principio de igualdad del Art. 14 del Constitución Española, e igualmente lo es castigar la misma acción (maltratar o amenazar) siempre como delito , pero imponer más pena a la hecha sobre la mujer (sin mayor fundamento ni explicación concreta), que a la hecha sobre el hombre (sobre cualquier hombre sin mayor explicación ni fundamento concreto)

7.-Fundar la anterior discriminación penológica ante la misma acción en que un sexo por tradición histórica ha dominado al otro , y porque tiene mayor incidencia en las relaciones de poder (Art. 1 L. O. 1/04) supone, además de un prejuicio (que no siempre es verdad ni siempre se ha dado por igual sobre toda mujer por parte de todo hombre) , fundar la desigualdad penológica en prejuicios no igualitarios , precisamente para , haciendo pagar por actitudes del pasado a personas que por vivir el presente no pueden ser sus culpables, acabar imponiendo el poder del otro sexo sobre el que se dice prevaleció en el pasado , lo que de nuevo conduce a desequilibrios de poder a favor ahora del sexo contrario , pero en disfavor de una igualdad real equilibrante , neutra en ese aspecto, que trate a las personas en su razón de serlo y no como objetos sexuados.

8.- En interpretaciones del delito de maltrato en el ámbito de la pareja afectiva, la STS 4-04-05 ya ha señalado que las distintas agresiones puntuales se han de castigar de forma independiente (ver también STS 24-6-00 y 26-6-00) , no impidiendo la sanción adicional de la conducta de violencia domestica (además de las concretas acciones generadoras del maltrato) como delito autónomo , con sustantividad propia, pero nunca ha permitido que la misma acción se pene más ni distinto, en función del sexo (conectado con una idea de guerra de poderes) que



tenga su autor o su víctima , como si todas las personas de un mismo sexo fuesen lo mismo y todos los del contrario también, pero dignos de protección penal diferente, por esa sola razón.

9.- Privilegiar a un sexo con sancionar al contrario por acciones penales idénticas con categorías mas drásticas (el delito produce antecedentes penales y lleva aparejada penas graves o menos graves – Art. 33.2 y 3 del C. Penal-) , mientras que la falta no conlleva antecedentes penales y sólo se sanciona con penas leves (Art. 33.4 C. Penal) en el caso de las coacciones , o con la misma categoría , pero menor sanción, (la que hay entre los párrafos 1 y 2 del Art. 153 C. Penal para el maltrato , o entre los 4 y 5 del artículo 171 C. Penal para las amenazas) que pueden dar lugar a diferentes fórmulas de sustitución (V. gr. artículo 71.2 C. Penal) o suspensión de la pena, supone un trato desigualitario y discriminatorio no justificado ,cuando se trata de hablar de personas, y menos, por supuestas guerras de poder ni por reales y efectivos y execrables datos abominables en cuanto a la estadística judicial sobre el sexo de la autoría de los delitos ,porque el absurdo de esa consideración podría a la larga llevar a alguien a pedir que en la cárcel , en vez de personas, hubiera porcentajes según el sexo de la población y no como ocurre en el Derecho Penal según la real autoría de las infracciones , tenga su autor el sexo que tenga.

10.- El Tribunal Constitucional admite la licitud de tratos desiguales en casos realmente desiguales siempre que tengan un fundamento razonable , pero el atentado contra la integridad física o contra la libertad de la mujer , por el mero hecho de serlo , no es un fundamento que razonablemente se distinga del mismo cuando se hace contra un hombre , y por lo tanto , lejos de constituir una discriminación positiva a favor de la mujer , constituye una simple discriminación negativa contra el hombre .

Es indiscutiblemente cierto que los casos de violencia del hombre sobre la mujer son infinitamente más numerosos (en el primer semestre de 2005 de 54.594 el 88.5 % fueron sobre mujeres y solo el 11.5 % sobre hombres y de los supuestos de violencia enjuiciados en 2004 los hombres fueron condenados en el 66% de los casos mientras que las mujeres enjuiciadas solo fueron condenadas en un 35%) , pero , la frecuencia de los delitos no los hace más graves individualmente considerados, que es de lo que se trata cuando se les impone una pena , salvo que se prejuzgue y añada a cada caso individual una cuota de condena, - inconstitucional , por lo excesiva- por su pertenencia al grupo más trasgresor de los dos posibles.

De permitirle esta extravagancia al legislador, no se entiende por qué no sigue haciendo lo mismo en los delitos contra el patrimonio, que son más frecuentes que los del maltrato o por qué no condena más a los extranjeros que a los nacionales cuando proporcionalmente las estadísticas dicen que transgreden más la ley que los de aquí, o por qué no pena más a una raza que a otra en los delitos en los que estadísticamente se puede demostrar hay más implicados per capita que respecto del resto poblacional .Esta línea legislativa comenzada por el legislador con el sexo, podría justificar “razones” muy peligrosas.

No se puede presumir en las personas que pertenecen a un grupo (en función del sexo que tienen) , el carácter de víctima siempre vulnerable en unas , y el criterio de fijar una mayor penalidad como si hubiera una mayor culpabilidad, en otros . Tal presunción, es nuevamente un prejuicio, y no puede por ello erigirse en la razón para discriminar.

La Ley presume la vulnerabilidad de la mujer, en la misma línea en que se presume, por ejemplo en el delito de lesiones agravadas del Art. 148 C. Penal la de los menores de 12 años o los incapaces (sobre la que nadie duda) sin distinciones, y para todas las personas del sexo femenino llevando a la conclusión, no aceptable, de la vulnerabilidad de toda, de cualquier mujer .

No es cierta la idea de desvalimiento que transmite la L.O. 1/04 sobre la mujer . Habrá mujeres que lo sean y mujeres que no. Generalizar el desvalimiento para el total de un sexo o erigir al colectivo más numeroso de la sociedad-las mujeres, sin más distinción- en víctimas “sensibles” o “especialmente más protegibles” , supone, por pasiva y por exclusión, discriminar al sexo contrario , al que se deja en vía penal menos protegido ante las mismas acciones con la misma antijuricidad y culpabilidad , pero con penalidad muy desproporcionadamente diferente.

El delito de violencia doméstica (ahora trasladado a violencia de género –como equivalente al sexo-) se aplicaría mayoritariamente a hombres, aunque la ley no mencionara a la víctima mujer, porque esa es la realidad casi de 9 a 1 , y es la aplicación individualizada de la ley la que diferencia cada uno de los casos de la misma , y no la ley misma .

Cuando la Ley Orgánica 1/04 entra en victimizar el 50% de la población y en criminalizar al 50% restante, no sólo no es Ley sino que se convierte en instrumento de una lucha supuesta de sexos a la que no sólo no debe contribuir , sino que debe, por el contrario, erradicar.

La consagración legal de la mayor vulnerabilidad de la mujer y la consideración de la misma como sexo más débil , llevó al invento preconstitucional de figuras como la “ licencia marital” que el Código Civil exigía equiparando a la mujer a los menores y a los incapaces a la hora de poder suscribir ciertos contratos , y es ese prejuicio no igualitario que hay que continuar erradicando el que lleva a observar que aún hoy en día persiste en nuestra Constitución la preferencia sucesoria a la Corona Española en el varón sobre la mujer (Art. 57.1 C.E.) que sin duda se funda en consideraciones históricas semejantes , que sin embargo se deben superar , aún pese al peligroso precedente que supone la doctrina de la STC 126/97 de 3 de Julio, pero no volver al contrario como para recuperar la discriminación histórica a su vez discriminando al sexo contrario durante una temporada antes de lograr el ansiado equilibrio que es toda igualdad de sexos.

Por otra parte, si pongamos que un varón arremete a pongamos que una hembra prevaliéndose de su superioridad física o de la posición de dominio que juegue en su ámbito familiar bien podría y puede aplicarse al maltrato , amenaza o coacción concreta, la agravante de abuso de superioridad- que ahora presume e impone la Ley para cualquier varón en cualquier caso- , si valorando las circunstancias del supuesto concurren según el artículo 22.2 del C. Penal, y sin necesidad que la Ley prejuzgue la universalidad de la misma en los varones.

11.- El Tribunal Constitucional ha admitido la discriminación positiva en políticas sociales dirigidas a compensar la diferencia laboral y profesional de la mujer, pero no debe extender esa lícitísima vía al campo del Derecho Penal, donde no es admisible la discriminación, ni es razonable por ende, porque las penas deben ser proporcionadas a la gravedad de los hechos, y esta depende del derecho lesionado en concreto, sin apreciar la pertenencia al grupo sociológico más trasgresor y sin tratar de imponer un plus de sanción para vengar discriminaciones del pasado .

No tiene fundamento razonable la consideración de mayor rango en la salud, la integridad física o la libertad de determinación de la mujer, y cuesta creer que la

defensa de la igualdad, y el progreso de la persona así lo exijan, por mucho que la búsqueda del voto feminista nos haya traído a estas situaciones retrógradas y desequilibrantes para la mera consideración de la persona en sí misma y con igual dignidad (Art. 10 y 14 de la C. E.) se tenga el sexo que se tenga .

La frecuencia de infracciones penales con víctima femenina revela un problema social sobre el que además de con fórmulas integrales hay que continuar interviniendo, pero no puede llevar a una discriminación de la protección penal de los derechos en función del sexo, porque aunque ampare más a la mujer que tradicional y grupalmente ha estado más desamparada, se aleja del Derecho Penal justo que es un Derecho que ha de ser proporcionado (art. 25 C.,E.) e igualitario (art. 14 C.E.) .

El valor de la Justicia no debe rebajarse para tranquilizar la alarma social que, con toda razón, genera la violencia sexista y luchar por los derechos de la mitad de la población no puede suponer entrar en contradicción con lo que defiende , infravalorando los derechos de la otra mitad, con los que indefectiblemente está obligada a convivir y no a vencer (que es a lo que se supone que lleva toda guerra, también la particular de lucha de sexos que admite el art. 1 L.O. 1/04) y que es ajena a quien en vez de en clave de sexo entiende, como este Juez, que la sociedad y su pacificación se interpreta en clave de personas iguales.

12.- Establecer un trato punitivo distinto (así desde la perspectiva del autor sujeto activo , como desde la de la víctima sujeto pasivo) diferente a dos personas, tengan la nacionalidad, la raza o en este caso el sexo que tengan , es discriminar , cuando el hecho penal , el ilícito (en el caso que nos ocupa , el cambio de cerradura in consentida del ex domicilio conyugal) es el mismo .

El principio de igualdad (Art. 14 C.E.) no se respeta , si ante la misma acción u omisión, se castiga por parte de la Ley con diferente pena en función (que no razón) de si el autor es hombre o es mujer , y eso , en palabras del T. C. sí que es un “desequilibrio patente ,excesivo e irrazonable “ .

Más que separar y diferenciar como hace la L.O. 1/04 para mantener enfrentamientos entre los dos únicos sexos que hay , porque subyace en ella un planteamiento disgregador y “belicista”, hay que formular leyes integradoras que valgan para todas las personas por igual por el mero hecho de serlo y no las trate como objetos sexuados, ya que la diferencia de penalidad por razón del sexo no es razón para imponer una pena distinta en un mismo delito y contrariando las palabras del Ministro de Trabajo Sr. Caldera esta ley no es que ponga en marcha un derecho desigual, para la igualdad, sino que cambia del lado de la balanza la desigualdad que sigue perpetuando ,ahora, para el sexo contrario.

13.-La igualdad sirve para determinar, razonable y no arbitrariamente , qué grado de desigualdad jurídica de trato es tolerable entre dos o mas sujetos –que no sexos como 50% de la población- .

La doctrina del T.C. sobre la igualdad y no discriminación se resume entre tantas Sentencias en la STC 200/2001 de 4 de octubre , como el 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 diferencia, 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.

La discriminación hecha por el legislador en esta ley de Medidas de Protección integral contra la violencia de género en los aspectos penales del maltrato , amenazas y coacciones (aunque aquí sólo se cuestione la mayor , referente a estas últimas) no es razonable, tiene una deferencia mínima para con los derechos fundamentales del 50% de la población en función de su sexo y cae de lleno en la pura arbitrariedad, fijando un trato jurídico de favor que , yendo más allá del concepto de grupo (art. 9.2 de la C.E.) o colectivo social (como pueden ser la infancia, la juventud, la tercera edad, los discapacitados físicos y psíquicos, los desempleados, las familias, etc.) que no discriminan en función del sexo , tratan de elevar este factor, al grado de categoría como queriendo decir que todo hombre transgresor por esas acciones merece más pena que toda hembra , siendo el hecho el mismo, sin mayor distinción razonable.

En consecuencia el T. C. ha considerado que vulnera el art. 14 de la C. E. , por imponer discriminaciones directas:

- Las cláusulas de celibato (STC 7/83, 34/84 y 59/93)
- Dar la titularidad al cabeza de familia padre , dejando la madre sólo en defecto de éste (STC 241/88).
- Establecer que los hijos menores de 7 años quedan al cuidado de la madre (STC 144/2003)
- Señalar la nacionalidad del marido al tiempo de contraer matrimonio como punto de conexión para determinar la Ley aplicable a las relaciones personales del matrimonio (STC 39/02)
- Establecer indemnizaciones basando el salario en discriminaciones por razón del sexo (STC 183/00)
- Discriminar por razón del embarazo (STC 94/84, 166/88, 173/94 , 136/96, 41/02, 98/03)
- Inadmitir a la mujer a las pruebas para ingresar en la Academia General del Aire del Ministerio de Defensa (STC 216/91) o impedirle por ser mujer trabajar en el interior de una mina (STC 229/92)
- Tolerar el acoso sexual (STC 224/99 y STC 136/01)

Por lo tanto y visto lo anterior que no permite medidas discriminatorias por razón de sexo en el campo del Derecho Penal , lo que analizamos en la presente cuestión cae dentro de lo que el Tribunal Constitucional llama medidas “ paternalistas o falsamente protectoras de la mujer “ como las observadas en la STC 38/86 para descanso nocturno de trabajadoras , STC 207/87 para auxiliares de vuelo mayores de una determinada edad, STC 142/90 para la pensión de viudedad del seguro obligatorio de vejez e invalidez sobre los varones, STC 28/92 sobre plus de transporte nocturno sólo para trabajadoras STC 3/93 sobre una ley que reconoce sólo a las hijas y hermanas pero no a hijos y hermanos el derecho a recibir ciertas prestaciones de la Seguridad Social, y la STC 315/94 sobre otra ley que mantiene la pensión de orfandad hasta que las hijas tomen estado civil o religioso , cualquiera que sea su edad .

Por ello la discriminación penal observada perpetúa estereotipos o patrones culturales (como la vulnerabilidad en todos los componentes del llamado sexo débil sin distinciones) ya superados.

SEGUNDO.- En el presente supuesto (J. F. 948/05 del Juzgado de instrucción 24 de Madrid) si se aplican los artículos de la L. O 1 /04 aquí tachados de dudosa Constitucionalidad, la acción consistente en cambiar de cerradura un domicilio que lo ha sido conyugal tendría :

-La calificación de delito del Art. 172.2 del C. Penal que lleva aparejada una pena de 6 meses a Un año de prisión ó de 31 a 80 días de trabajos en beneficio de la comunidad (penas menos graves pero delictivas), y en todo caso privación del derecho a la tenencia y porte de armas de Un año y un día a Tres años (también pena menos grave pero delictiva) y la posibilidad de ciertas inhabilitaciones respecto de menores e incapaces que pueden llegar hasta 5 años, si quien lo hace es un varón y

- La calificación de falta del art. 620.2 C. Penal que lleva aparejada pena de 4 a 8 días de localización permanente (pena leve no penitenciaria y que no genera antecedentes penales) o de 5 a 10 días de trabajos en beneficio de la comunidad ,si quien lo hace es una mujer

Por lo tanto unas diferencias de pena por la misma acción que en materia de privación de libertad suponen 45 veces mas días para el varón que para la hembra si se aplica la privación de libertad, y de 6 a 8 veces más de trabajos en beneficio de la comunidad si se aplica esta segunda sanción .

La diferencia entre ambos, ya que no de la acción (Cambio de cerradura) ni estriba en que ambos son personas o seres humanos , ni en que estén o hayan estado ligados por matrimonio o relación afectiva análoga , sino sólo en que tienen una cosa que no pueden elegir y que no influye en la determinación de la culpabilidad, que es que tienen sexo distinto , y a ello ilógica y discriminatoriamente el legislador anuda penas significativamente diferentes y por lo tanto desproporcionadas (contrariando el artículo 25 de la C. E. y en lo que es excesivo el 24 de la C. E.)

Sólo porque tienen distinto sexo, el legislador impone penas tan desproporcionadamente diferentes (incluso categorizando las del varón como delito y las de la hembra como falta) que discriminan y diferencian , sin mayor fundamento, y que el ordenamiento jurídico constitucional igualitario no debe tolerar por contrariar su Ley de Leyes debiéndose obligar al legislador a optar por la igualdad , penando siempre y en todo caso la misma acción siempre como delito o siempre como falta, pero no como las dos cosas a la vez según el sexo del autor o según el sexo de la víctima, porque en Derecho Penal , que es un Derecho Publico regido por los principios del Derecho del Hecho y no el Autor , lo mismo no puede ser dos cosas penadas diferentemente en razón de la pertenencia , no elegible ni determinante de la voluntad ni de la culpabilidad, a un sexo o a otro .

TERCERO.- Por lo tanto , y concretando de las reflexiones previas y del caso en concreto que nos ocupa, se plantea a ese T. C. si el trato jurídico que la Ley Orgánica 1/04 da a la redacción actual del Art. 620.1-2º,2 y 3 del C. P., en comparación con la dada al Art. 172.2 del mismo cuerpo legal punitivo, según también redacción dada al mismo por la citada L. O. 1/04, puede vulnerar:

1.- El principio de proporcionalidad (por ir contra los arts. 25,17.1, 9.2, 9.3, 24.2 y 53 CE) porque con el plus de pena entre un término de la comparación y el otro, al

varón se le puede estar sancionando por acciones u omisiones ajenas, machistas, precedentes, no realizados por él, y en el exceso de pena, respecto de la que se impone por el mismo hecho a la mujer, vulnera el art. 25 C. E.

Además por lo tanto, entre los 6 meses a un año de prisión o los 31 a 80 días de trabajos en beneficio de la comunidad, (art. 172.2 C. P.) que por el mismo hecho se le impone al varón y los 4 a 8 días de localización permanente o 5 a 10 días de trabajos en beneficio de la comunidad (art. 620.1-2º, 2 y 3 del C.P.) que se le impondría a la mujer, al primero se le priva arbitrariamente de libertad en la diferencia irrazonablemente, vulnerando el art. 17 C. E.

Lo anterior supone que el legislador, como poder público, no ha promovido en este caso concreto las condiciones para que la libertad, por un lado, y la igualdad, por otro de los individuos, así considerados como personas asexuadas y de los grupos en los que aquellos se integran, sean reales y efectivas, lesionando con ello el mandato del art. 9.2 C. E.

Y ello salvo que ese Alto Intérprete Constitucional, para garantizar la irretroactividad de las disposiciones penales no favorables (en el exceso de sendas infracciones penales por lo que supone que la misma acción se trate como delito, con 45 veces la pena privativa de libertad, y con antecedentes penales, si lo hace el varón, y como falta, 45 veces menos penada, si la comete la mujer) la gratuita (en cuanto al exceso) restricción del derecho individual a la libertad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos a que se refiere el art. 9.3 C. E., lo remedie mediante la declaración de inconstitucionalidad de los artículos referidos

Y así, mantener la presunción de inocencia, prevenida en el art. 24.2 C. E., respecto del exceso pues nadie comete acciones que infractores de su mismo sexo pudieran haber realizado en el pasado.

Y las leyes, como la Orgánica de Medidas de Protección integral contra la violencia de género y el Código Penal, deben respetar el contenido esencial de los derechos y libertades indicados más arriba, para ser conformes al art. 53 C.E. singularmente, el art. 14 C E.

2.- El derecho a la igualdad (por ir contra los art. 14,9.2 y 9.3 C.E.) , ya que los términos comparativos penológicos indicados entre los arts. 172.2 y 620,1-2º y 3 C. P., hacen que el 50% de la población de españoles no sea igual ante la ley por una mera prevalecía discriminatoria irrazonable por razón de sexo, que es una mera condición o circunstancia personal no elegible, no buscable de propósito y que por lo tanto, no influye en la gravedad de las infracciones penales.

3.- La dignidad de la persona (por ir contra el art. 10 C.E.), ya que se tenga el sexo que se tenga, ninguno es más digno que el otro, y su tenencia, no debe ser la única explicación para que, ope lege, se presuma un mayor grado de culpabilidad, ante hechos ilícitos iguales, y

4.- La presunción de inocencia (por ir contra el art. 24.2 C.E.), pues la condición sexual del infractor o de su víctima, no puede formar parte de la consideración del tipo penal, pues en el exceso respecto del sexo contrario, condena por una acción no punible.



DISPONGO

PLANTEAR cuestión de inconstitucionalidad contra la redacción dada por la Ley Orgánica 1/04 de 28 de diciembre al artículo 620.1 punto 2º, 2 y 3 del Código Penal en su comparación con el artículo 172.2 del C. Penal por vulnerar:

-El principio de proporcionalidad conforme a la redacción que la misma Ley Orgánica da al artículo 172.2 del C. Penal vulnerando los artículos 25, 17.1, 9.2, 9., 24.2 y 53 de la Constitución Española.

-El derecho a la igualdad vulnerando los artículos 14, 9.2 y 9.3 C. E.

-La dignidad de la persona vulnerando el artículo 10 de la C. E. y

-En lo que excede ,la presunción de inocencia vulnerando el artículo 24.2 de la C. Española según la interpretación que se recoge en el cuerpo del escrito y sobre la que se consulta a ese alto Tribunal Constitucional antes de poder resolver el fondo del asunto y con él dictar sentencia en el presente supuesto.

Así lo acuerda, manda y firma, D. **ELOY VELASCO NUÑEZ** Magistrado Juez del Juzgado de Instrucción 24 de Madrid.