|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 203/1998 |
| Fecha | de 29 de septiembre de 1998 |
| Sala | Pleno |
| Magistrados | Don Álvaro Rodríguez Bereijo, don José Gabaldón López, don Fernando García-Mon y González-Regueral, don José Vicente Gimeno Sendra, don Julio D. González Campos, don Pedro Cruz Villalón, don Carles Viver Pi-Sunyer, don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, don Tomás Salvador Vives Antón y don Pablo García Manzano. |
| Núm. de registro | 1624-1996 |
| Asunto | Cuestión de inconstitucionalidad 1.624/1996 |
| Fallo | En su virtud, el Pleno acuerda la inadmisión planteada por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Tarragona en relación con la disposición adicional decimoctava de la Ley 46/1985, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1986. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. El Juzgado de Instrucción núm. 2 de Tarragona, mediante Auto dictado el 27 de septiembre de 1995 en el procedimiento abreviado 136/92, seguido por presunto delito de contrabando, plantea cuestión de inconstitucionalidad sobre la Disposición adicional decimoctava de la Ley 46/1985, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1986, por la posible vulneración de los arts. 25 y 134 C.E.

2. Los antecedentes de hecho del planteamiento de tal cuestión son, en síntesis, los siguientes:

a) En el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Tarragona se incoaron las diligencias previas núm. 2.006/89, por presunto delito de contrabando, en relación con la venta de ciertos cupones por o a través de la Asociación Tarraco Minusválidos u otros.

A dichas diligencias se acumularon posteriormente, por inhibición de los Juzgados correspondientes, otros procedimientos penales incoados por hechos similares (procedimiento abreviado núm. 1.945/89 del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Tarragona y diligencias previas núm. 3.121/90 del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Tarragona).

b) Por Auto de 9 de junio de 1992, el Juzgado acordó continuar la causa como procedimiento abreviado -procedimiento abreviado 136/92- y ordenó dar traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal para el trámite previsto en el art. 790 L.E.Crim. Por escrito de 30 de septiembre de 1992 el Ministerio Fiscal solicitó la practica de diligencias complementarlas de instrucción (art. 790.2 L.E.Crim.).

c) Posteriormente, a la causa se acumularon otros procedimientos penales, en distinto estado procesal, tramitadas por otros Juzgados de Instrucción y también referidas a la venta de los referidos cupones (diligencias previas núm. 593/93 del Juzgado de Instrucción núm. 8 de Tarragona; diligencias previas núm. 2.024/93 del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Tarragona; diligencias previas núm. 1.082/93 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Palma de Mallorca; diligencias previas núm. 337/93 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Lérida; y procedimiento abreviado núm. 49/90 del Juzgado de Instrucción núm. 19 de Valencia).

d) Por providencia de 29 de marzo de 1994, el Juzgado ordenó dar traslado al Ministerio Fiscal y a las partes personadas para que, de conformidad con el art. 35.3 LOTC, alegasen sobre la procedencia de plantear cuestión de constitucionalidad, «en cuanto pudiera reputarse que el fundamento inculpatorio basado en el art. 1.4 de la L.O. 7/1982, de 13 de julio, en relación a las Disposiciones adicionales decimoctava y decimonovena de la Ley de 27 de diciembre de 1985, es contrario a la Constitución, al infringir el principio de legalidad en materia penal que consagran los arts. 25 y 9 de la norma suprema». La representación procesal de Asociación Tarraco Minusválidos, personada en las actuaciones, se adhirió por escrito de fecha 6 de abril de 1994 al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad efectuado por el Juez. El Ahogado del Estado, por escrito de fecha 11 de abril de 1994, se opuso a dicho planteamiento y pidió la revocación y declaración de nulidad de la providencia de 29 de marzo de 1994, por entenderlo prematuro, al no haberse concluido las fases de instrucción e intermedia, ni haberse efectuado aún acusación alguna, ni ser competencia del Juez de instrucción el enjuiciamiento del tipo delictivo de que se trata; y, consecuentemente, por no disponerse todavía de los elementos de juicio imprescindibles para valorar los presupuestos de aplicabilidad, validez y constitucionalidad de la norma cuestionada; aparte de que el principio de legalidad penal se cumpliría al hallarse descrito el tipo delictivo en una Ley Orgánica -la 7/1982-, limitándose la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1986 a cumplir la reserva de ley impuesta por el art. 3.2 b), de dicha Ley orgánica. Mientras que el Ministerio Fiscal, por escrito de 12 de abril de 1994, entendiendo concurrir los requisitos de los arts. 161 C.E. y 35 y ss. LOTC, y que la constitucionalidad del precepto cuestionado condicionaría a la acusación, la apertura del juicio oral o el sobreseimiento, manifestó su no oposición al planteamiento de la cuestión.

e) Por Auto de 27 de septiembre de 1995, el Juzgado dispuso promover cuestión de inconstitucionalidad en relación a la disposición adicional decimoctava de la Ley 46/1985, de 27 de diciembre, y elevarla al Tribunal Constitucional con testimonio de las actuaciones y de las alegaciones evacuadas al respecto.

3. En el Auto de planteamiento se razona, en esencia, lo siguiente:

a) La Disposición adicional decimoctava de la referida Ley 46/1985, que cabe reputar contraria a los arts. 25 y 134 C.E., viene a heterointegrar los supuestos típicos de los arts. 1, 2 y 3 de la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio, de Contrabando. En cuanto al principio de legalidad penal y partiendo de la doctrina de este Tribunal (SSTC 29/1989 y 118/1992), la integración típica de las conductas descritas en el apartado 4.º del art. 1.1, en relación con el núm. 2 del art. 3, ambos de la Ley Orgánica 7/1982, por la referida norma de una Ley Presupuestaria, no colma las exigencias formales y materiales derivadas de dicho principio de legalidad, al carecer de aptitud normativa y contradecir los principios de predeterminación y certeza. Puede ponerse asimismo de relieve al respecto, conforme a la doctrina de las SSTC 63/1986, 65/1987, 76/1992 y 195/1994, el contenido mínimo, necesario e indisponible, así como el eventual posible, de las leyes presupuestarias. Sin que quepa apreciar una conexión de la referida disposición adicional decimoctava con la materia presupuestaria y las directrices de política económica que permita la integración de una norma jurídico-penal por una ley presupuestaria.

b) En cuanto al juicio de relevancia exigido por el art. 35 LOTC, el objeto del proceso penal 136/92 está integrado por hechos cuya tipificación penal se sustenta exclusivamente en la norma cuya constitucionalidad se cuestiona. Su eventual expulsión del ordenamiento conllevaría el sobreseimiento o archivo de las actuaciones penales, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas que pudieran derivarse.

c) Por lo que se refiere al momento procesal en que se plantea la cuestión el Juez razona, a los efectos de justificar su oportunidad en los términos del art. 35.2 LOTC, que este Tribunal ha trascendido de la mera literalidad de dicho art. 35.2 y ha considerado también momento oportuno aquel anterior a cualquier decisión que dependa de la validez o no de la norma cuestionada, admitiéndose, incluso, cuestiones «prematuras», en virtud del principio de economía procesal, si la propia existencia del proceso depende de la constitucionalidad de la norma (SSTC 8/1982, 26/1984). En este caso, partiendo de la tortuosidad procedimental que concurre en la causa y sin obviar que el fundamento inculpatorio reside exclusivamente en la vigencia de la norma cuestionada, su declaración resulta necesaria para ordenar el archivo de la causa o su continuación por los trámites de los arts. 790 y ss. L.E.Crim., a tenor del Auto del propio Juzgado de 9 de septiembre de 1992.

4. Por providencia de 29 de octubre de 1996, la Sección Tercera acordó oír al Fiscal General del Estado para que, en el plazo de diez días y a los efectos del último inciso del art. 37.1 de la Ley Orgánica de este Tribunal, alegase lo que considerase oportuno acerca de la admisibilidad de la presente cuestión por si la misma pudiera ser notoriamente infundada al ser planteada por el Juzgado de Instrucción número 2 de Tarragona por supuesta inconstitucionalidad de la disposición adicional decimoctava de la Ley 46/1985, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1986, por posible vulneración de los arts. 25 y 134 de la Constitución.

5. El Ministerio Fiscal, por escrito registrado en este Tribunal el 25 de noviembre de 1996, interesa la inadmisión de esta cuestión de inconstitucionalidad por falta de las condiciones procesales. Para el caso de no estimarse esta objeción interesa su admisión a tramite por considerar que la misma no es notoriamente infundada.

El trámite procesal en que se encuentra el Procedimiento Abreviado que ha dado origen a la presente cuestión suscita, a juicio del Fiscal, dos problemas distintos: la competencia de un Juez de Instrucción para suscitar cuestión de inconstitucionalidad de un precepto de Derecho penal material y el momento procesal en que se ha dictado el Auto elevando la presente cuestión.

a) En primer término en cuanto a la competencia del Juez de Instrucción para suscitar la. cuestión, considera que, pese a la redacción 1iteral del art. 163 de la C. E. y 35 de la LOTC (que emplean la expresión «fallo», que, en principio, es sinónimo de resolución definitiva del proceso, se produzca aquélla por sentencia, como regla general, o por auto: incluso el art. 35.2 utiliza expresamente el término «sentencia»), este Tribunal ha venido realizando una interpretación flexibilizadora de dicha expresión, admitiendo el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en cualquier momento procesal en que haya de dictarse una resolución que supusiera aplicación tic la norma cuestionada (STC 8/1982). Y aunque el Auto 121/1990 inadimitió una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el delito de infanticidio previsto en el Código Penal, texto de 1973, planteada por un Juez de Instrucción en el trámite de conclusión de diligencias previas y antes de acordar la continuación del procedimiento como abreviado, se trataba de un supuesto distinto puesto que la única relevancia para el Juez de Instrucción sería la determinación del procedimiento a seguir.

En el presente caso, en cambio, la cuestión de inconstitucionalidad da lugar a consecuencias muy diferentes, que ha plasmado el propio Juez de Instrucción en el Auto acordando elevar la misma a este Tribunal: la declaración de constitucionalidad del precepto determinará lógicamente (y salvo por razones ajenas a ésta) la continuación del procedimiento, pero si se declarase inconstitucional, el Juez de Instrucción se vería obligado a archivar (si hubiese suscitado la cuestión justo antes del trámite del art. 789.5 de la L.E.Crim.) o sobreseer libremente (si la suscita inmediatamente antes del previsto en el art. 790.6). Desde esta perspectiva, el Ministerio Fiscal considera que puede suscitarse por un Juez de Instrucción una cuestión de inconstitucionalidad de un precepto, penal material

b) En segundo término, por lo que se refiere al momento o momentos procesales en que el Juez de Instrucción puede llegar a suscitar dicha cuestión de inconstitucionalidad, estima que por mucha flexibilidad que se haya dado al art. 35 LOTC, el número 2 de dicho artículo establece cuándo puede suscitarse la cuestión de inconstitucionalidad: una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia.

Partiendo de la base de que el Juez de Instrucción incoa y tramita un proceso penal en la averiguación de unos hechos que indiciariamente pueden calificarse de delito y que la calificación que hace es muy provisional, e incluso no determina la que, en si] caso, hayan de realizar las partes acusadoras, no es menos cierto que si dicha calificación por muy provisional que sea, se centra en un precepto de cuya constitucionalidad se cuestiona, y la opción resultante de su resolución es la continuación o finalización anticipada del proceso, dicha cuestión es relevante. El Juez de Instrucción, no obstante, tendría en el procedimiento abreviado a su disposición tres momentos procesales en que ha de adoptar una resolución relevante a los efectos antes dichos, y que, por su carácter definitivo (en caso de cercenar el desarrollo del proceso) puede entenderse incluida en la expresión «fallo»: el de admisión a trámite o rechazo -a limine- de la denuncia o atestado; el trámite del art. 789.5.0 en que, entre otras posibilidades, tiene la opción de acordar la continuación del procedimiento o su archivo, y, finalmente, el del art. 790.6.º en que, tras recibir los escritos de las partes acusadoras, debe decidir entre abrir el juicio oral o sobreseer.

En el presente caso, el Juzgado ha suscitado la presente cuestión en un momento procesal diferente de los antes indicados, pues lo ha hecho después de acordar la continuación del procedimiento y antes de acordar el traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal y demás partes acusadoras. Este momento procesal, ni siquiera con la interpretación hecha por este Tribunal, es el previsto en el art. 35.2 de la LOTC y por ello la cuestión es inadmisible por falta de cumplimiento de los requisitos procesales

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Reiteradamente ha señalado este Tribunal que la cuestión de inconstitucionalidad no es un medio concedido a los órganos judiciales para una depuración abstracta del ordenamiento jurídico, sino que representa un instrumento procesal puesto a disposición de aquéllos para conciliar la doble obligación de su sometimiento a la Ley y a la Constitución. Esta configuración explica el carácter de control concreto de constitucionalidad de las leyes que la cuestión promovida por Jueces y Tribunales tiene en nuestro ordenamiento y da sentido tanto a los requisitos que el art. 163 de la Constitución y 35 de la LOTC imponen para la admisión de las cuestiones de inconstitucionalidad como a la rigurosa e indispensable verificación que este Tribunal ha de realizar respecto al adecuado cumplimiento de tales requisitos.

Como requisito para que pueda ser promovida por Jueces y Tribunales una cuestión de inconstitucionalidad, el art. 163 C.E. -y en términos similares el art. 35.2 LOTC- exige que la norma cuestionada sea una norma con rango de Ley de cuya validez dependa el fallo. En concreto, el art. 35.1 LOTC exige que el planteamiento de la cuestión se haga una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar Sentencia, determinando su ausencia la inadmisión del proceso de inconstitucionalidad a través del trámite del art. 37.1 LOTC. Este Tribunal, no obstante, desde su STC 8/1982, ha flexibilizado la rígida aplicación de la literalidad del precepto de su Ley Orgánica, admitiendo la formulación de la cuestión de inconstitucionalidad cuando el proceso pende de la adopción de una resolución en forma de Auto, incluso, de naturaleza interlocutoria, sin necesidad de esperar a la fase de conclusión del proceso. Esta posibilidad queda limitada, como regla general, a leyes procesales y sólo es admisible en relación con leyes de naturaleza sustantiva cuando la ulterior tramitación del proceso, hasta Sentencia no puede aportar ningún elemento adicional de juicio sobre la aplicabilidad de la norma legal cuestionada, ni sobre su efecto determinante del falto que haya de dictarse, ni sobre su legitimidad constitucional, o cuando la propia norma tenga una incidencia anticipada e irreversible en el propio proceso en curso (SSTC 54/1983; 25/1984; 186/1990; 55/1990; 76/1992; 110/1993; y 234/1997; en el mismo sentido, AATC 121/1990; 60/1991, 92/1991).

2. En el presente caso, la duda sobre la constitucionalidad de la disposición adicional decimoctava de la Ley 46/1985, de 27 de diciembre, no se suscita en el plazo para dictar sentencia ni por el órgano judicial que tiene atribuido el conocimiento y fallo de la causa penal seguida (el Juez de lo Penal), sino por el Juez de Instrucción en la fase de preparación del juicio oral de un procedimiento abreviado (art. 790 L.E.Crim.), una vez concluida la fase de instrucción preparatoria (art. 789.5 L.E.Crim.), pero antes de que el Ministerio Fiscal o las acusaciones personadas hayan siquiera solicitado la apertura del juicio oral formulando escrito de acusación. El Juzgado promovente razona, en orden a explicar la idoneidad del momento del planteamiento, que la tipificación penal de los hechos por los que se sigue el proceso se sustenta exclusivamente en la norma cuya constitucionalidad se cuestiona, por lo que procesalmente su declaración resulta necesaria para ordenar el archivo de la causa o su continuación por los trámites de los arts. 790 y ss. L.E.Crim.

La expresada argumentación no puede, sin embargo, acogerse para justificar la fase procesal en que la cuestión se formula ni tampoco para reconocer competencia al Juez Instructor promovente para el planteamiento efectuado. Basta reparar en que en el momento procesal en el que se encuentra la causa -fase de preparación del juicio oral de un procedimiento abreviado, en el que ni siquiera se ha solicitado la apertura del juicio oral ni formulado escrito de acusación- todavía no es posible saber si la norma que se cuestiona es aquella de la que va a depender el fallo, ya que pudiera ocurrir que esta norma no llegara a aplicarse porque no se probaran los hechos denunciados, existiera otra norma penal que desplazara aquélla o, en fin, por cualquier otro motivo que impidiera la aplicación de la norma cuestionada (STC 234/1997; en el mismo sentido, ATC 121/1990).

3. Faltando, en consecuencia, las condiciones exigidas por el art. 35 LOTC para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, procede declarar su inadimisión a trámite.

ACUERDA

En su virtud, el Pleno acuerda la inadmisión planteada por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Tarragona en relación con la disposición adicional decimoctava de la Ley 46/1985, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1986.

Madrid, a veintinueve de septiembre de mil novecientos noventa y ocho.