|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 208/2005 |
| Fecha | de 10 de mayo de 2005 |
| Sala | Pleno |
| Magistrados | Doña María Emilia Casas Baamonde, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Roberto García-Calvo y Montiel, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps. |
| Núm. de registro | 7614-2004 |
| Asunto | Cuestión de inconstitucionalidad 7614-2004 |
| Fallo | Inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad núm. 7614-2004, planteada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Tarragona en el rollo núm. 232004. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. El día 17 de diciembre de 2004, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal un escrito de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Tarragona, al que se acompañaba, junto con el testimonio del correspondiente procedimiento, Auto de 19 de noviembre de 2004 por el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 416.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por la posible vulneración de los arts. 9, 14 y 24 CE.

2. La cuestión de inconstitucionalidad trae causa de las diligencias previas tramitadas por el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Tarragona bajo el núm. 139-2004, seguidas por delito de homicidio en grado de tentativa (malos tratos en el ámbito familiar) contra don Jonathan Javier Rizzo Elías, posteriormente transformadas en el procedimiento abreviado núm. 36-2004 y, finalmente, en el sumario ordinario núm. 2-2004. Declarado concluso el sumario y abierto el juicio oral por Auto de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Tarragona de 27 de mayo de 2004, el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones provisionales, propuso, entre otros medios de prueba, la testifical de la perjudicada, doña Roxana Vanesa Pérez Romero.

3. En el acto del juicio oral, celebrado el 13 de octubre de 2004, al comenzar el interrogatorio de la Sra. Pérez Romero, fue informada de su derecho a no contestar preguntas que pudieran perjudicar al procesado Sr. Rizzo, manifestando aquélla su deseo de no declarar. El Ministerio Fiscal planteó que la dispensa para declarar no alcanzaba a la testigo, al no estar comprendida en el art. 416 LECrim, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2003, oponiéndose a esta postura la defensa del procesado. El Presidente de la Sala acordó la suspensión para deliberar sobre el asunto y, tras la reanudación, la Sala puso de manifiesto su decisión de promover cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 416 LECrim, al no incluir a las parejas de hecho respecto a la aplicación del derecho a no declarar, basándose en los arts. 14 y 9 CE, derecho a la igualdad, y 24, derecho a un proceso con todas las garantías. Asimismo, se decidió la suspensión del juicio a los efectos del art. 37 LOTC, emplazando a las partes para que en el plazo de diez días alegaran lo que estimaran pertinente. El Ministerio Fiscal se opuso al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, mientras que la representación del procesado formuló alegaciones estimando procedente el planteamiento de la cuestión.

4. Una vez evacuado el trámite anterior, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Tarragona, por Auto de 19 de noviembre de 2004, acuerda plantear la cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 416.1º LECrim, por vulneración de los arts. 9.2 y 3,14 y 24 CE.

El Auto de promoción de la cuestión, tras exponer los antecedentes del caso, señala que se cuestiona el art. 416.1º LECrim por no contemplar entre los dispensados de declarar a los integrantes de parejas de hecho estables y permanentes, indicando también los preceptos constitucionales que se consideran infringidos. Asimismo, hace referencia a las condiciones procesales que deben satisfacerse, señalando que, si bien es cierto que, conforme a lo dispuesto en el art. 35.2 LOTC, sólo podrá plantearse la cuestión una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, al tratarse de la forma en que debe practicarse una prueba, no su mera valoración o eficacia, considera la Sala necesario el planteamiento de la cuestión con carácter previo a la práctica de tal prueba testifical, pues lo contrario causaría graves perturbaciones tanto a la prueba en sí como al mismo desarrollo de las demás pruebas a practicar seguidamente en el juicio, pues la testifical de la víctima necesariamente habrá de afectar o incluso condicionar en un sentido u otro al resto de las pruebas de la acusación y de la defensa. Se trata, por tanto, de consecuencias nocivas tanto por el efecto inmediato que puede tener la resolución de la cuestión —la posible nulidad de lo actuado en el juicio—, como para la posterior reproducción en un nuevo juicio de los medios de prueba afectados y necesariamente contaminados por el problema acaecido, acogiéndose, en definitiva, a la doctrina elaborada por el propio Tribunal Constitucional en las SSTC 8/1992 o 25/1984.

A continuación, el órgano judicial razona que la cuestión es determinante del fallo, pues la testifical de la víctima, única persona que había, además del acusado, cuando ocurrieron los hechos, es esencial para su enjuiciamiento, por lo que, previsiblemente, el fallo no sería el mismo si se considera que aquélla goza del beneficio del art. 416.1º LECrim y, por tanto, se niega a declarar, tal y como desea, o bien, si se estima que debe ser obligada a declarar con los apercibimientos legales que afectan a los testigos.

En cuanto a la “relevancia constitucional de la cuestión planteada”, considera la Sala que no parece posible ni la interpretación o integración judicial, conforme a la Constitución, de la norma legal cuestionada, ni considerarla expulsada del ordenamiento en virtud de la disposición derogatoria del Texto constitucional, a pesar de ser el precepto preconstitucional, puesto que el hecho de que el legislador haya equiparado el compañero sentimental al cónyuge en numerosos preceptos y, sin embargo, no haya alterado el art. 416 LECrim, permitiría pensar en una opción consciente del legislador de diferenciar en este precepto entre las uniones matrimoniales y las de hecho, interpretación ésta que ya ha sido efectuada por algunas sentencias judiciales (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2003), por lo que se habría producido una asunción por el legislador democrático del contenido de la norma preconstitucional que veta la posibilidad de su interpretación o integración judicial (STC 105/1988 de 8 de junio). De estos argumentos extrae la Sala la conclusión de que “la disposición de la Ley enjuiciada no es en sí misma inconstitucional, pero que sí lo es alguna de las interpretaciones de que ha sido y puede ser todavía objeto”, de lo que se derivaría “la conveniencia de llegar a una sentencia constitucional de carácter interpretativo, que tome, sobre todo, en consideración el principio de conservación de la disposición legal, en cuanto la misma puede ser interpretada y aplicada de conformidad con la Constitución”.

Se señala por el órgano judicial promotor de la cuestión la dificultad añadida que entraña el problema de que el testigo, “además de pareja de hecho del acusado —o aun siendo cónyuge del mismo—, es también la propia víctima del delito y normalmente el denunciante o querellante, con lo que la aplicación al mismo de la dispensa del art. 416-1 LECr es harto sorprendente por no decir paradójico, en la medida que a quien ha de ser veraz en su denuncia se le exima de declarar contra el acusado en su declaración sumarial y en el juicio”.

Asimismo, recuerda la Sala con respecto a la cuestión de fondo, “esto es, a la concepción mantenida por esta Sala de tenerse que equiparar a los efectos del art. 416 LECr las uniones matrimoniales a las uniones de hecho”, la doctrina sentada por este Tribunal en la STC 222/1992, reiterando la de la STC 184/1990 y otras posteriores, acerca de las exigencias y límites derivados de los arts. 14 y 39.1 CE en orden a la posible equiparación entre matrimonio y convivencia extramatrimonial.

Finalmente, en cuanto al presente supuesto, considera el órgano judicial proponente de la cuestión que “no se aprecia razón alguna para que tal equiparación en el ámbito de la prueba testifical en el proceso penal no pueda y deba tener lugar, pues si la dispensa a declarar contra el cónyuge se funda necesariamente en el vínculo afectivo, familiar y de convivencia existente, esto es, en el principio general de inexigibilidad de otra conducta, la misma situación y fundamento cabe apreciar en las uniones estables de hecho, como la presente, en la que entre la testigo-víctima y el acusado media una relación sentimental de bastantes años con incluso descendencia común (dos hijas)”. A mayor abundamiento, y desde una interpretación sistemática del ordenamiento penal, advierte la Sala que no es comprensible que la pareja de hecho esté exenta de responsabilidad penal en caso de encubrimiento de su pareja sentimental (art. 454 CP), y, en cambio, deba declarar como testigo contra dicha pareja con la obligación de veracidad y las consecuencias penales en caso de faltar a la misma. Reconoce el Auto que tal dicotomía ha sido constitucionalmente avalada en Italia, donde se ha considerado conforme a su Constitución la no inclusión de las parejas de hecho en el ámbito de exención de la pena en los supuestos de encubrimiento entre parientes, si bien se apunta que el estándar de interpretación constitucional de este Tribunal en materias relacionadas con la diferencia de trato normativo entre relación matrimonial y more uxorio ha sido, en ocasiones, mucho más sensible con el principio de igualdad que con la opción legislativa diferenciadora.

5. Mediante providencia de 18 de enero de 2005, la Sección Cuarta de este Tribunal acordó, a los efectos que determina el art. 37.1 LOTC, oír al Fiscal General del Estado para que, en el plazo de diez días, alegara lo que considerase conveniente acerca de la admisibilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad en relación con el cumplimiento del requisito de plantear la cuestión una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia y la exigencia de justificar la medida en que la decisión del proceso depende de la validez de la norma cuestionada.

6. El escrito de alegaciones del Fiscal General del Estado tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el 11 de febrero de 2005. En dicho escrito, tras exponer los antecedentes del caso, la Fiscalía General del Estado solicita la inadmisión de la presente cuestión de inconstitucionalidad, fundándose en las alegaciones que se exponen continuación.

En primer lugar, y con invocación de la doctrina de este Tribunal acerca del momento idóneo para el planteamiento de la cuestión, de acuerdo con el art. 35.2 LOTC, señala el Fiscal General que no es acorde con dicho precepto que la cuestión se haya planteado cuando se estaba celebrando el juicio oral, tras la declaración del procesado y cuando se trataba de interrogar a la primera testigo, víctima del delito y, hasta el acaecimiento de los hechos, pareja estable conviviente con el procesado. Así, la decisión en cuanto a la toma o no de declaración al testigo y la virtualidad probatoria que, en todo caso, pudiera derivarse de su examen, o las ulteriores consecuencias que, en la hipótesis de negativa de la misma a declarar, pudieran derivarse de tal decisión o de la no verosimilitud de su testimonio, no tiene consecuencias definitivas en el proceso en el momento en que la cuestión se plantea, pareciendo fuera de toda duda que, sea cual sea la decisión acerca de la constitucionalidad de la norma, el acto del plenario debe proseguir, no cabiéndole a la Sala ninguna decisión de finalización anticipada del mismo, no estando por ello el proceso pendiente, en este momento, de resolución definitiva e irreversible que dependa de la constitucionalidad de la norma que se cuestiona. Entiende el Fiscal que la decisión que la Sala debe adoptar podrán condicionar las estrategias procesales de las partes, podrá, ante un eventual fallo contrario a sus pretensiones, servir para articular un posible recurso de casación, pero ello sucede en todos aquellos supuestos en que hay discrepancia en torno a la virtualidad y al modo de práctica de una prueba.

Por otro lado, en el momento procesal del planteamiento de la cuestión tampoco puede intuirse si la decisión de condena o absolución del procesado va a depender de la aplicación de la norma cuestionada, dada la existencia de la propia declaración del procesado prestada en el plenario, y, asimismo, el no examen del resto de los testigos y peritos propuestos como prueba por el Ministerio Fiscal, y asumidos por la defensa, algunos de ellos presentes en el domicilio en el momento en que acaecieron los hechos, otros personados con inmediación en dicho lugar y que auxiliaron a la víctima, o, en fin, peritos médicos que examinaron a aquélla y podrían determinar el alcance de sus lesiones. A ello se unirían las previas declaraciones de la víctima, tanto en dependencias policiales, como en fase instructora, cuando por propia decisión estaba personada y ejercía la acusación particular, prestadas a presencia judicial y con asistencia de su letrado y del letrado del acusado, que pudieran ser susceptibles de introducción en el plenario, si las partes procesales lo tuvieran por pertinente y ello fuere estimado procedente, por lo que se ignora si la declaración de la víctima, de la que se desconoce su tenor o existencia, va a tener relevancia en el fallo.

Igualmente, considera el Fiscal General de Estado que la decisión acerca de la obligación de la víctima de prestar testimonio no tiene el alcance procesal de irreversibilidad que se le atribuye por la Sala proponente, en lo referido a la contaminación del resto de los medios de prueba, pues es sabido que los testigos deponen en el plenario sin posibilidad de comunicación entre ellos, por vedarlo la LECrim.

En suma, la aplicación de la norma de cuya constitucionalidad se duda, por ser una norma referida a la no contemplación de una dispensa de declarar en el plenario, puede modular su decurso, pero no convierte en innecesaria ni en imposible su plena tramitación, ni puede otorgársele en ese momento a la celebración de la prueba el carácter de decisiva para el fallo que finalmente hubiera de adoptarse, sin haber practicado el resto de la prueba y sin haber ultimado el resto de actuaciones procesales hasta la conclusión del plenario.

En otro plano, se refiere el Fiscal General al juicio de relevancia, examinando a la luz de la doctrina de este Tribunal la justificación ofrecida por el Auto que, a su juicio, resulta meramente hipotética, pues aún falta que el plenario transcurra en su totalidad para poder constatar que la decisión del proceso de depender del testimonio de la perjudicada. A ello añade la consideración de que de la exposición efectuada en el Auto de planteamiento fluye que la Sala no tiene duda alguna sobre la constitucionalidad de la norma en sí misma considerada, dado su criterio, al parecer sostenido en anteriores procedimientos, y en el presente al irse a practicar la prueba, de permitir aquélla una interpretación plenamente acorde a la Constitución. Es, por el contrario, la interpretación que de dicha norma ha sido efectuada por otras resoluciones judiciales la que le lleva a plantear la cuestión a fin de que el Tribunal Constitucional dicte una sentencia interpretativa que avale la conservación de dicha norma legal, pues la misma puede ser interpretada y aplicada de conformidad a la Constitución, con sustento tanto en la doctrina de este Tribunal como con apoyo en otras razones sistemáticas. En definitiva, la Sala proponente defiende la plena constitucionalidad de la norma, en la única interpretación de la misma que entiende susceptible de ser realizada; es la desautorización de dicha interpretación, que extrae de una sentencia que ha sido argüida por el Ministerio Fiscal, la que mueve a solicitar del Tribunal Constitucional una sentencia interpretativa para que tal interpretación sea impuesta.

Todo ello conlleva que, siendo la norma constitucional, según la Sala proponente, y pretender con el planteamiento de la cuestión lograr una sentencia que avale su correcta interpretación, la presente cuestión aparezca como destinada a una depuración abstracta del ordenamiento jurídico, ajena al carácter de control concreto de la cuestión inconstitucionalidad. Ante las normas que se reputan constitucionales, susceptibles de una interpretación conforme a la Constitución, lo procedente es aplicarlas, no estando previsto el planteamiento de cuestiones inconstitucionalidad para defender la constitucionalidad de las normas de aplicación a las controversias que los jueces y tribunales deben resolver.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Tarragona plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 416.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al considerar que vulnera los arts. 9.2 y 3, 14 y 24 CE porque no contempla dentro de la dispensa de la obligación de declarar a los integrantes de uniones de hecho.

El Fiscal General del Estado se opone a la admisión de la cuestión por no haberse planteado en el momento procesal legalmente determinado por el art. 35.2 LOTC y por no haberse justificado en debida forma que la decisión del proceso dependa de la validez de la norma cuestionada.

2. Reiteradamente hemos señalado que la cuestión de inconstitucionalidad no es una acción concedida 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 CE y 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 a su adecuado cumplimiento.

Entre las exigencias de procedibilidad figura, en el art. 35.2 LOTC, que el planteamiento de la cuestión se haga una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar Sentencia, y que de la validez de la Ley cuestionada dependa la resolución que haya de dictarse, determinando la ausencia de cualquiera de ellas la inadmisión del proceso de inconstitucionalidad a través del trámite del art. 37.1 LOTC.

Pues bien, en el supuesto presente, tal y como ha afirmado el Fiscal General de Estado, no se ha cumplido la primera de las indicadas previsiones del art. 35.2 LOTC, pues la Audiencia Provincial de Tarragona ha planteado la cuestión de inconstitucionalidad de forma prematura, toda vez que ha decidido su promoción al inicio del juicio oral, una vez interrogado el procesado y cuando se iba a proceder a interrogar a la primera testigo, víctima del delito y, hasta el momento en que ocurrieron los hechos, conviviente more uxorio con el procesado.

Conviene señalar que, aunque este Tribunal ha relativizado el concepto de “fallo” y que, por tanto, ha admitido cuestiones respecto de resoluciones que, en sentido estricto, no afectaban al fallo, no es posible aplicar esta doctrina a las cuestiones que ahora se analizan, ya que esta flexibilización siempre se ha producido respecto de resoluciones que, o bien eran definitivas o, aun siendo interlocutorias, no podían resultar afectadas por la tramitación del procedimiento que no iba a poder aportar ningún elemento nuevo en orden a determinar la incidencia de la norma cuestionada sobre el fallo que hubiere de dictarse ni sobre su legitimidad o ilegitimidad [SSTC 76/1982, de 14 de diciembre, FJ 1; 186/1990, de 15 de noviembre, FJ 2; 76/1992, de 14 de mayo, FJ 2; 110/1993, de 25 de marzo, FJ 2; y 234/1997, de 18 de diciembre, FJ 2 B). También, AATC 121/1990, de 13 de marzo; 92/1991, de 12 de marzo; 147/1997, de 19 de mayo; y 203/1998, de 29 de septiembre].

Por esta razón, no resulta correcto entender, como sostiene el órgano judicial que ha planteado la cuestión, que el hecho de tener que aplicar el art. 416.1º LECrim para determinar si se dispensa o no a la testigo de la obligación de declarar, constituye ya una aplicación de la norma que permite formular la cuestión de inconstitucionalidad con carácter previo a la práctica de tal prueba, bajo el argumento de que, en caso contrario, se producirían serias perturbaciones tanto a la prueba en sí como al desarrollo de las demás, que se verían afectadas o condicionadas por aquélla. Por el contrario, como acertadamente indica el Fiscal General del Estado, en el momento de planteamiento de la cuestión no se podía intuir si la decisión de condena o absolución del procesado dependía plenamente de la aplicación del art. 416.1º LECrim, en la medida en que no se habían practicado las demás pruebas testificales y periciales propuestas por el Ministerio Fiscal y asumidas por la defensa, que incluían la declaración de una persona que se hallaba presente en el domicilio en el momento en que acaecieron los hechos, la de los miembros de la Guardia Urbana de Tarragona que acudieron al lugar alertados por los vecinos, y la del facultativo que atendió en primer lugar a la víctima, además de la intervención de los Médicos Forenses que la examinaron posteriormente. Por consiguiente, resulta aventurado sostener en el momento de inicio del juicio oral que el fallo dependía de la aplicación del precepto cuestionado, ya que pudiera ocurrir que el hecho de que la perjudicada declarase o no careciera de toda influencia en la decisión, extremo que sólo se conocerá con certeza una vez concluido el juicio oral y llegado el momento de dictar sentencia.

3. Por otra parte, y por los mismos razonamientos expuestos, se aprecia también la quiebra del juicio de relevancia formulado por la Sala promotora de la cuestión. De hecho la dependencia del resultado del proceso de la validez de la norma cuestionado se manifiesta a modo de hipótesis, señalando que “previsiblemente el fallo no sería el mismo” según la decisión que se adoptara sobre la declaración de la testigo. Mas hay que reparar en que, en el momento procesal en el que se efectúa esa afirmación, sin que se haya desarrollado al completo el plenario, no se le puede dotar del grado de certeza necesario para justificar una decisión de este Tribunal sobre el precepto que, por el alcance general con que habría de pronunciarse, desvirtuaría el carácter de control concreto de constitucionalidad de las Leyes que la cuestión promovida por Jueces y Tribunales tiene en nuestro ordenamiento. Y es que, no hay que olvidar que a través de este proceso pretende ejercerse un control concreto de constitucionalidad de la norma y, de ahí, la exigencia de que el fallo dependa de la norma que se cuestiona (SSTC 17/1981, de 1 de junio, FJ,1; 106/1986, de 24 de julio, FJ 1; 55/1990, de 28 de marzo, FJ 1; y AATC 946/1985, de 19 de diciembre; y 60/1991, de 12 de febrero).

En definitiva, por cuanto se acaba de exponer, ha de llegarse a la conclusión de que la presente cuestión de inconstitucionalidad carece de los requisitos procesales necesarios para poder efectuar un enjuiciamiento de fondo de la misma.

En virtud de todo lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

Inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad núm. 7614-2004, planteada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Tarragona en el rollo núm. 232004.

En Madrid, a diez de mayo de dos mil cinco.