|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 134/2006 |
| Fecha | de 4 de abril de 2006 |
| 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 | 9227-2005 |
| Asunto | Cuestión de inconstitucionalidad 9227-2005 |
| Fallo | Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad. |

**AUTO**

**I. Antecedentes**

1. El 19 de diciembre de 2005 se registró en este Tribunal Constitucional un escrito del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Calatayud, del día 7 anterior, al que se acompaña Auto del mismo órgano jurisdiccional, fechado el 14 de noviembre de 2005, por el que se plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con los arts. 87 ter LOPJ y 153 CP, en la redacción dada a ambos por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

2. Los antecedentes procesales de la presente cuestión de inconstitucionalidad son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) Con fecha 22 de agosto de 2005 el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Calatayud dictó Auto acordando la incoación de diligencias urgentes en el procedimiento abreviado núm. 448-2005.

b) El siguiente día 29 ese mismo órgano judicial dictó providencia ordenando que se dedujera “testimonio de las presentes actuaciones y remítase al Juzgado de Instrucción núm. 1 de esta ciudad, competente para la instrucción del presunto delito de violencia de género, continuando la tramitación en este Juzgado por presunto delito de violencia doméstica”.

c) Este proveído fue recurrido en grado de reforma por el denunciante el 5 de septiembre de 2005, quien solicitó que prosiguiera la tramitación conjunta de ambos presuntos delitos en aras de la preservación de la continencia de la causa. En el recurso se afirmaba que “la única razón para enjuiciarlos separados es el distinto sexo (que no género, término erróneo usado por la norma de cobertura) de uno y otro de los litigantes”. Al entender que se trata de un supuesto de discriminación por razón de sexo, el recurrente apuntaba que, de proseguir la tramitación separada, el Juzgado “deberá suspender el curso del procedimiento mediante el correspondiente Auto y acordar el someterse al criterio del Tribunal Constitucional mediante la llamada cuestión de inconstitucionalidad”.

d) Por Auto de 30 de septiembre de 2005 se rechazó la petición de instrucción en sede única de los hechos objeto de las actuaciones, al tiempo que se acordó requerir “por diez días a las partes y al Ministerio Fiscal para que aleguen lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad considerada, con referencia a los preceptos objeto de análisis en la presente resolución y a otros que pudieran resultar de aplicación al caso”.

e) El Ministerio Fiscal evacuó el trámite conferido por escrito de 21 de octubre de 2005, donde puso de manifiesto que no era procesalmente procedente plantear la cuestión de inconstitucionalidad en la fase instructora.

f) Finalmente, la presente cuestión de inconstitucionalidad se elevó mediante Auto de 14 de noviembre de 2005.

3. En el Auto de planteamiento el Juez instructor manifiesta que “comparte, desde luego, las dudas de adecuación al art. 14 de la Constitución de los arts. 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 153.1 del Código Penal que el Letrado recurrente plantea”, pues “no cabe duda del hecho de que los mismos anudan diferentes consecuencias a una conducta idéntica, según que la protagonice un hombre o una mujer”. Seguidamente se hace referencia a la doctrina establecida en las SSTC 3/1993 y 317/1994.

La parte argumentativa del Auto concluye con las siguientes afirmaciones:

“Procede señalar, por último, que tampoco es de apreciar la ‘extemporaneidad’ que el Ministerio Fiscal observa para el planteamiento de la presente cuestión: este Alto Tribunal prácticamente desde el principio ha preconizado un entendimiento flexible y finalista del momento procesal al que se refiere el primer inciso del art. 35.2 de la Ley Orgánica que lo regula (SSTC 234/1997, 110/1993, 76/1992, 92/1991, 60/1991, 186/1990, 93/1988, 54/1983, 76/1982).

Es más: las razones de orden práctico que recogen las Sentencias citadas tienen, si cabe, aún mayor relevancia en el caso presente, dado que cabe considerar más correcto que quede resuelta la duda planteada con anterioridad a que quede definitivamente ubicado el procedimiento en una u otra sede (Juzgado de Instrucción o Juzgado de Violencia Contra la Mujer) que cuando se haya consumado la división de la continencia de la causa y se esté en plazo para dictar Sentencia en uno y otro Juzgado”.

Finalmente, en la parte dispositiva el órgano judicial acuerda promover cuestión de inconstitucionalidad en relación a los arts. 87 ter LOPJ y 153 CP, en la redacción dada a ambos por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

4. Mediante providencia de 15 de febrero de 2006 la Sección Primera de este Tribunal acordó oír al Fiscal General del Estado para que, en el plazo de diez días, alegase lo que estimara conveniente acerca de la admisibilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad, por incumplimiento de los requisitos procesales.

5. Con fecha 9 de marzo de 2006 el Fiscal General del Estado formuló alegaciones en las que interesa la inadmisión de la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Tras exponer pormenorizadamente los antecedentes procesales de esta cuestión y una vez examinadas las diversas actuaciones llevadas a cabo por el juez a quo, el Fiscal General del Estado sostiene que la presente cuestión ha sido planteada por un Juez instructor que, pese a lo que él mismo defiende, carece de competencias para el enjuiciamiento de los hechos presuntamente delictivos, sin que, por lo demás, nada se haya decidido aún sobre el modo de enjuiciamiento de los hechos, más allá de la resolución dictada por el Juez que promueve la cuestión de decidir la instrucción separada de los mismos. La constitucionalidad del art. 153.1 CP no puede plantearse en el momento procesal en el que se hace puesto que “no es posible tener la certidumbre de que el fallo de la causa penal vaya a depender de la norma cuestionada, que pudiera llegar a no aplicarse, por multitud de incidencias procesales susceptibles de acaecer, en el curso procesal en trámite”. Máxime si se repara en el dato de que a la fecha de planteamiento de la cuestión ni tan siquiera se ha formulado acusación. La cuestión versa sobre una virtualidad futurible, sobre una pura eventualidad, al haberse planteado en un momento procesal inadecuado.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Según se ha expuesto con mayor detalle en los antecedentes de esta resolución, el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Calatayud plantea cuestión de inconstitucionalidad respecto de los arts. 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y 153 del Código penal (CP), en la redacción dada a ambos por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Sin embargo esta cuestión de inconstitucionalidad no satisface los requisitos procesales exigibles para su admisión, como seguidamente se expone.

2. En primer lugar, debemos señalar que el momento procesal no es el adecuado para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad habida cuenta de que la decisión de apertura del trámite de audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal previsto en el art. 35.2 LOTC se adopta en la resolución desestimatoria de un recurso de reforma. Con ello se ignora el carácter eminentemente prejudicial de la cuestión de inconstitucionalidad en nuestro ordenamiento jurídico. Al igual que se dijo en el ATC 361/2004, de 21 de septiembre, “debe inadmitirse la presente cuestión de inconstitucionalidad pues, efectivamente, no se ha planteado, como debía, en el momento adecuado porque, cuando lo interpone, el órgano ya había aplicado la norma de cuya constitucionalidad no podía dudar, pronunciándose de manera inequívoca sobre el objeto de la cuestión que ahora nos plantea, quebrantando con ello la verdadera finalidad de las cuestiones de inconstitucionalidad. En efecto, en la medida en que la cuestión de inconstitucionalidad tiene como finalidad la de suspender el procedimiento y esperar a la respuesta de este Tribunal para la aplicación de la norma, en el presente caso el órgano judicial ya la habría aplicado, con lo que carecería de sentido la duda que posteriormente le surge” (FJ 4).

3. Además, se aprecia que los términos empleados por el órgano judicial para la apertura del trámite de audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal no cumplen los requisitos exigidos por el art. 35.2 LOTC. Así, en la parte dispositiva del Auto por el que se desestimó en lo sustancial el recurso de reforma se acuerda oír: “por diez días a las partes y al Ministerio Fiscal para que aleguen lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad considerada, con referencia a los preceptos objeto de análisis en la presente resolución y a otros que pudieran resultar de aplicación al caso”. Falta una precisa identificación de los preceptos legales sobre los que puede versar la cuestión y de las normas constitucionales que el órgano judicial entiende contravenidas.

Como hemos tenido ocasión de recordar recientemente, con respecto al trámite de audiencia previsto en el art. 35.2 LOTC, este Tribunal ha hecho hincapié en que su importancia “no puede minimizarse reduciéndola a un simple trámite carente de más trascendencia que la de su obligatoria concesión, cualesquiera que sean los términos en que ésta se acuerde (STC 166/1986, FJ 4). Por el contrario, las alegaciones que se sustancien en este trámite habrán de versar fundamentalmente sobre la vinculación entre la norma citada y apreciada por el Juez como cuestionable y los supuestos de hecho que se dan en el caso sometido a su resolución, así como sobre el juicio de conformidad entre la norma y la Constitución, lo que requiere que la providencia que otorga la audiencia especifique los preceptos legales cuestionados y las normas constitucionales que el Juez estima de posible vulneración por aquéllos (ibidem). Resulta, pues, inexcusable que en el trámite de audiencia se identifique el precepto o preceptos que se consideren vulnerados, así como que el Juez quede vinculado a elevar la cuestión de inconstitucionalidad sobre los preceptos sometidos a este trámite de alegaciones (ATC 29/2005, de 5 de julio, FJ 3 y las numerosas resoluciones allí citadas)” (ATC 13/2006, de 17 de enero, FJ 2; luego reiterado en los AATC 14/2006 y 15/2006, ambos de la misma fecha).

4. Igualmente, como bien apunta el Fiscal General del Estado en sus alegaciones, la presente cuestión debe inadmitirse en cuanto tiene por objeto el art. 153.1 CP, que tipifica un ilícito penal. De acuerdo con el art. 35.2 LOTC, “el órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia”. Ciertamente, este Tribunal ha admitido, en casos excepcionales, una aplicación flexible de dicho requisito procesal mediante su interpretación finalista. Ahora bien, “esa posibilidad excepcional se constriñe, como regla general, a las leyes procesales, y sólo es admisible en el caso de 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 fallo, ni sobre su legitimidad constitucional, o cuando la propia norma tenga una incidencia anticipada e irreversible en el propio proceso en curso” (ATC 421/2003, de 16 de diciembre, y las numerosas resoluciones allí mencionadas, FJ 2). De modo que, según hemos precisado en el ATC 236/2002, de 26 de noviembre, “el planteamiento anticipado de la cuestión sólo es admisible cuando el proceso se halle en un momento en el que sea posible formular con exhaustiva precisión el juicio de relevancia de la norma con rango de ley de cuya constitucionalidad duda el órgano jurisdiccional” (FJ 4).

Entre esos supuestos no figura el que ahora nos ocupa, habida cuenta de que anticipa un reproche penal sin haber concluido la fase instructora y, lo que es más relevante, prescindiendo por entero del juicio oral, que es el eje de todo el proceso penal. Ello “impide admitir que antes de su celebración pueda efectuarse el juicio de aplicabilidad y relevancia de una norma con rango de Ley como presupuesto para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Si así fuera se minusvaloraría su consideración como eje procedimental para el respeto de las garantías y principios constitucionales informadores del proceso penal” (ATC 236/2002, FJ 4). Y es que, como también indicamos en esta misma resolución, “no cabe admitir que el órgano judicial formule un juicio de aplicabilidad y relevancia de la norma con rango legal de cuya constitucionalidad dice dudar antes de que se desarrolle el instante estelar del proceso penal, en el que han de practicarse, bajo la vigencia de los principios de oralidad, contradicción, inmediación y publicidad, las pruebas que deben acreditar, en su caso, la efectiva realización de los hechos enjuiciados así como la participación en ellos de los acusados, y antes de que las partes deduzcan sus pretensiones” (ibidem).

5. Es preciso mencionar aún un último óbice procesal, que atañe en este caso a la formulación del juicio de aplicabilidad y relevancia del art. 87 ter LOPJ, donde se regulan las competencias de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. En particular porque el proceso en el que se plantea la presente cuestión de inconstitucionalidad se incoa en virtud de la denuncia formulada por don José Manuel contra doña Victoria, lo que, obviamente, descarta la competencia de ese tipo de órganos jurisdiccionales, y por lo mismo no sería aplicable en este caso el mencionado precepto.

La concurrencia de todos estos defectos procesales determina, inexorablemente, la inadmisión a limine de la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Por lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Madrid, a cuatro de abril de dos mil seis.