

Suplemento

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

15763 *Pleno. Auto 220/2012, de 27 de noviembre de 2012. Inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 1046-2011, planteada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en relación con el artículo 9.3 de la Ley de la Asamblea de Madrid 6/1996, de 8 de julio, del Defensor del Menor.*

Excms. Srs. don Pascual Sala Sánchez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Manuel Aragón Reyes, don Pablo Pérez Trepms, don Francisco José Hernando Santiago, doña Adela Asua Batarrita, don Luis Ignacio Ortega Álvarez, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré y don Juan José González Rivas.

AUTO

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en el Tribunal el día 23 de febrero de 2011 la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 9.3 de la Ley 5/1996, de 8 de julio, del Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid, por posible invasión de la competencia estatal del artículo 149.1.6 CE acompañándose testimonio de las actuaciones (diligencias previas núm. 5083-2009 relativas a la denuncia 27-2009) y el Auto de planteamiento de 8 de febrero de 2011.

Por diligencia de ordenación del Pleno de 3 de marzo de 2011 se acordó dirigir comunicación a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid a fin de que se remitieran copia de todas las actuaciones correspondientes a la denuncia núm. 27-2009, copia que fue recibida en el Registro General de este Tribunal el día 31 de marzo de 2011.

2. Los antecedentes de la cuestión son los siguientes:

a) Con fecha 11 de septiembre de 2009 la representación procesal de la Organización Impulsora de Discapacitados presentó una denuncia contra el Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid como autor de un delito de revelación de secretos. Incoadas diligencias previas por el Juzgado de Instrucción núm. 13 de Madrid en las mismas se persona doña. B.E.M., en calidad de acusación particular, mientras que el Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid, tras poner en conocimiento del órgano judicial la documentación del expediente al que hacían referencia las diligencias previas, señaló que conforme al artículo 9.3 de la Ley 5/1996, de 8 de julio, del Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid, ostentaba la condición de aforado, de suerte que su eventual enjuiciamiento correspondería al Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

b) A la vista de la documentación presentada en las actuaciones, el Juzgado de Instrucción núm. 13 de Madrid acordó mediante Auto de fecha 17 de noviembre de 2009 denegar la personación de la Organización Impulsora de Discapacitados por entender que la citada organización no había cumplido los requerimientos para que manifestara en que concepto comparecía en las actuaciones si como perjudicada o acusación particular o como no perjudicada y, por tanto, como acusación popular pues su manifestación de acudir como denunciante supone una clara infracción de lo previsto en la ley. En segundo lugar acordó remitir la causa al Tribunal Superior de Justicia de Madrid por ser el Defensor del Menor de una persona aforada.

c) Por providencia de 23 de noviembre de 2009, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid acusó recibo de la documentación recibida y

acordó oír al Ministerio Fiscal respecto a la atribución competencial de dicho órgano judicial para el conocimiento del asunto. El Fiscal emitió su informe el día 11 de enero de 2010 estimando que, conforme al artículo 9.3 de la Ley 5/1996, de 8 de julio, del Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid, la competencia de la Sala era indudable.

d) Señalada fecha para la deliberación del asunto, la Sala acordó, mediante Auto de 3 de febrero de 2010, declarar su competencia para conocer de la denuncia interpuesta, recabando de dicho órgano la remisión de las actuaciones originales del proceso con el oportuno emplazamiento de las partes personadas.

Tras asumir en tales términos la competencia para conocer del asunto, en ese mismo Auto señaló que la norma en la que se fundamentaba esa apreciación de la competencia para conocer del asunto le suscitaba dudas de constitucionalidad. Dudas derivadas de la reserva del artículo 122.1 CE a la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), y no a cualquier otra norma, del régimen jurídico regulador de la constitución, el funcionamiento y el gobierno de los Juzgados y Tribunales cuando, además, el artículo 73.3 a) LOPJ encomienda a las Salas de lo Civil y de lo Penal, actuando en esa segunda condición, el conocimiento de las causas penales que los Estatutos de Autonomía reservan al conocimiento de los Tribunales Superiores de Justicia. Así, el órgano judicial señala que la referida Ley 5/1996 reguladora del aforamiento que se analiza aparece afectada de una doble carencia ya que ni se trata de una ley orgánica ni tampoco de un Estatuto de Autonomía, por lo que resulta inevitable «que sobrevenga la incertidumbre de si la indicada norma cuenta con el vigor normativo preciso para configurar el aforamiento que en ella se impone, con la consiguiente alteración del régimen competencial que para esta Sala diseña la Ley Orgánica del Poder Judicial». Por último indica que, en tanto la duda versa sobre la capacidad para poner en marcha el procedimiento penal en cuestión, resulta pertinente reflexionar en este momento sobre el planteamiento de una posible cuestión de inconstitucionalidad en lugar de esperar a que el proceso alcance su fase decisoria.

En consecuencia, de conformidad con lo expuesto, concluye la Sala que parece obligado recabar el parecer del Ministerio Fiscal para lo cual decide conferirle traslado «para que en plazo de diez días formule las alegaciones que estime pertinentes sobre la procedencia de plantear una cuestión de inconstitucionalidad acerca de los extremos aludidos en la presente resolución y, en su caso, acerca de cual deba ser su contenido de fondo».

e) El Fiscal cumplimentó el trámite conferido mediante escrito registrado el día 17 de febrero de 2010 en el que, tras considerar adecuado este momento procesal para resolver acerca del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, señala que en la resolución de la duda de constitucionalidad planteada ha de partirse de la necesidad de interpretar restrictivamente la extensión de la reserva de ley orgánica para la regulación de una serie de aspectos relacionados con los Jueces y Tribunales tal y como al respecto ha declarado, entre otras, la STC 93/1998, FJ 5, en la que no se excluye que, sin perjuicio de la definición de los órdenes jurisdiccionales efectuada por el legislador orgánico, el legislador ordinario concrete las materias específicas objeto de conocimiento de tales órdenes siempre que no contradiga frontalmente el diseño establecido en la ley orgánica para los distintos órganos jurisdiccionales. Conforme a lo anterior señala el Fiscal que el precepto cuestionado se limita a atribuir a un órgano de la jurisdicción penal el conocimiento de un asunto penal, lo que es perfectamente respetuoso con la Ley Orgánica del Poder Judicial, atribuyendo al Tribunal Superior de Justicia el conocimiento de las decisiones a adoptar en un proceso penal respecto a la actuación del Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid que tiene la condición legal de alto comisionado de la Asamblea de Madrid y que está equiparado a los miembros del Consejo de Gobierno en honores y tratamiento. Estima que esta atribución no contradice el ámbito general de conocimiento litigioso del Tribunal Superior de Justicia, dado que este órgano tiene encomendado el conocimiento de las causas penales contra las personas aforadas y, entre ellas, de los miembros del Consejo de Gobierno. En el mismo sentido, cita como ejemplo de posibilidad de que la ley ordinaria pueda atribuir el conocimiento de asuntos

determinados a órganos jurisdiccionales, lo dispuesto en la Ley estatal 36/1985, de 6 de noviembre, por la que se regulan las relaciones entre la institución del Defensor del Pueblo y las figuras similares en las distintas Comunidades Autónomas.

Por todo ello, el Fiscal concluye que no aprecia que el artículo 9.3 sea contrario al artículo 122.1 CE entendiendo, en consecuencia, que no resulta procedente el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

f) El 18 de febrero de 2010 el Juzgado de Instrucción núm. 13 de Madrid acordó la remisión de las actuaciones originales a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

g) Por providencia de 14 de mayo de 2010 la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia acordó tener por recibida la documentación del Juzgado de Instrucción núm. 13 constatando que en la misma se encontraban los emplazamientos efectuados al Defensor del Menor, a doña B.E.M. y a la Organización Impulsora de Discapacitados.

h) Por escrito registrado el día 17 de mayo de 2010, la representación procesal de doña B.E.M. suplica se le tenga por comparecida y parte.

i) Mediante nuevo proveído de 19 de enero de 2011, la Sala señala que «visto el tiempo transcurrido desde que se emplazó al Defensor del Menor y a la representación procesal de la Organización Impulsora de Discapacitados sin que hayan comparecido dese traslado a la representación jurídica de doña B.E.M., única parte personada, para que en el plazo de diez días formule las alegaciones que estime pertinentes sobre la procedencia de plantear una cuestión de inconstitucionalidad sobre el aforamiento del Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid». La representación procesal de doña B.E.M. no se opuso al planteamiento de la cuestión.

3. La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó Auto de 8 de febrero de 2011 en el que acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto al artículo 9.3 de la Ley 5/1996, de 8 de julio, del Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid.

En cuanto al contenido del auto de promoción interesa destacar lo siguiente:

Tras exponer los antecedentes de hecho del caso, la Sala comienza señalando que comparte el criterio del Fiscal respecto a la concurrencia del momento procesal oportuno para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, dado que la duda de constitucionalidad se refiere, precisamente, a la concreta aptitud del órgano judicial para conocer de la denuncia interpuesta y para la tramitación y decisión del oportuno proceso. Tras recoger el tenor literal del precepto cuestionado, señala que su duda se centra en la posibilidad de aceptar que una ley autonómica cuente con el respaldo constitucional preciso para encomendar un cierto cometido a un órgano jurisdiccional cuyo contenido, composición y atribuciones se han fijado por una ley estatal que ostenta un carácter jerárquico de singular relevancia. Así señala que la duda deriva del juego de dos preceptos constitucionales que harían inseguro que la Comunidad Autónoma ostentase competencia al efecto. Estos preceptos serían el inciso inicial del artículo 122.1 CE, en cuanto que reserva a la Ley Orgánica del Poder Judicial la regulación de la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales y el artículo 149.1.6 CE que asigna al Estado competencia exclusiva en materia de legislación procesal. De esta suerte el órgano judicial afirma que, aun cuando interrelacionadas, se trata en puridad de dos cuestiones diferentes.

Alude a continuación a la argumentación del Ministerio Fiscal para oponerse al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad señalando que con la misma quedaría resuelta la primera de las cuestiones, esto es, la del supuesto déficit de jerarquía normativa por apreciar que se trata de un supuesto de colaboración legítima entre la ley ordinaria y la ley orgánica.

Admitiendo expresamente la conclusión anterior, por remisión al citado informe del Ministerio Fiscal, queda incólume, a juicio del órgano judicial, el segundo de los argumentos relativo a si la norma autonómica tiene lo que la Sala califica como legitimidad

suficiente para regular la materia a la que se refiere el Auto. A tales efectos, tras recoger lo dispuesto en el artículo 149.1.6 CE y en el precepto cuestionado, indica que el mismo, reproduciendo en términos casi literales el régimen que el Estatuto de Autonomía establece para los miembros de la Asamblea Legislativa autonómica, regula ciertas peculiaridades inherentes al cargo que revisten una evidente repercusión procesal y reservan para su titular un fuero peculiar distinto del que sería aplicable si no mediara la norma que aquí se trata. Parece pues, a juicio del órgano judicial, que se está incidiendo sobre la ordenación normativa que regula la actuación de los órganos judiciales sin contar con la habilitación que el referido artículo 149.1.6 CE reserva sólo al Estado. Añade que esta cuestión ya fue abordada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 159/1991, de 18 de julio, dictada en un supuesto muy similar al que ahora se suscita pues se trataba de una ley autonómica que atribuía a ciertos órganos jurisdiccionales el conocimiento de ciertos procesos relativos a la responsabilidad criminal de altos cargos autonómicos siendo que ese aspecto no había sido regulado en el correspondiente Estatuto de Autonomía. En ese caso, entendió el Tribunal que «la Ley Orgánica del Poder Judicial, en ejercicio de esa competencia exclusiva de la legislación del Estado, dispone en su artículo 73.3 a) que a la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia le corresponde, como Sala de lo Penal, el conocimiento de las causas penales que los Estatutos de Autonomía –y no otra ley, y desde luego ninguna otra ley autonómica– reservan a dichos Tribunales. Por consiguiente, resulta constitucionalmente inaceptable que una ley autonómica, como la 6/1984, del Principado de Asturias, proceda por sí misma a establecer *ex novo* el fuero jurisdiccional penal de los miembros del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, siendo así que se trata de una materia que pertenece a la exclusiva competencia estatal.»

Por las razones que han quedado expuestas y el notorio paralelismo que el órgano judicial aprecia entre el supuesto que ante él se suscita y el resuelto en la STC 159/1991 estima procedente el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

4. Por providencia de la Sección Segunda de este Tribunal Constitucional, de fecha 29 de septiembre de 2009, se acordó oír al Fiscal General del Estado para que, en el plazo de diez días, alegara lo que considerara conveniente acerca de la admisibilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad, en relación con el cumplimiento de los requisitos procesales (art. 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: LOTC).

5. El 2 de junio de 2011 el Fiscal General del Estado presentó su escrito de alegaciones interesando la inadmisión de la cuestión por incumplimiento de los requisitos procesales.

Tras exponer los antecedentes del caso, el Fiscal General del Estado alude al contenido del precepto legal de cuya constitucionalidad se duda señalando a continuación la existencia de defectos en la tramitación de la cuestión de inconstitucionalidad que, caso de apreciarse, determinarían su inadmisión con arreglo a lo previsto en el artículo 37.1 LOTC.

El primero de tales defectos derivaría de la previa aplicación de la norma cuestionada. El Ministerio Fiscal reconoce que no cabe duda respecto al momento procesal oportuno para plantear la presente cuestión de inconstitucionalidad, teniendo en cuenta la flexibilidad con que ese requisito se aplica cuando se trata de leyes o normas procesales como sucede en el presente caso al tratarse de una norma de atribución competencial, solución que vendría apoyada por el precedente de la STC 159/1991, citado por la propia Sala. Sin embargo el Fiscal General objeta la forma de planteamiento de la cuestión pues entiende que, tras el dictamen del Ministerio Fiscal favorable a la asunción de la competencia, el Auto de 3 de febrero de 2010, por el que se acuerda la apertura del trámite de audiencia del artículo 35.2 LOTC viene precedido de la previa decisión de asunción de la competencia por parte de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid sobre la base del artículo 9.3 de la Ley 5/1996, de 8 de julio, extremo sobre el que expresamente razona el citado Auto de 3 de febrero en su fundamento jurídico 1. Con esta decisión lo que hace el órgano judicial es aplicar la norma de aforamiento prevista en el artículo 9.3 de la Ley 5/1996 y, a continuación, en la misma

resolución manifestar sus dudas sobre la constitucionalidad de la misma, proceder que, para el Ministerio Fiscal, resultaría contrario a la propia filosofía que inspira la regulación de las cuestiones de inconstitucionalidad pues, en ese modelo, no resulta coherente que el órgano judicial aplique la norma y después plantee dudas de constitucionalidad. Forma de proceder que contrasta con la que se produjo en el caso resuelto en la STC 159/1991 en la que el órgano promotor no aplicó en ningún momento la norma cuestionada asumiendo la competencia, sino que dejó en suspenso dicha decisión hasta que se resolviera la cuestión por el Tribunal Constitucional. La distinta actuación llevada a cabo por el órgano promotor en el presente caso, asumiendo primero la competencia y planteando posteriormente la cuestión, frustraría, en opinión del Ministerio público, la razón de ser y el carácter prejudicial que tiene toda cuestión de inconstitucionalidad e introduce una quiebra lógico-jurídica en el razonamiento de la resolución de planteamiento de la cuestión (con cita al efecto de los AATC 184/2009, FJ 2; 134/2006, FJ 2; y 361/2004, FJ 4), pues lo correcto hubiera sido que, con carácter previo a asumir la competencia, el órgano judicial abriera el trámite de audiencia del artículo 35.2 LOTC, aplazando su decisión hasta que, elevada la cuestión de inconstitucionalidad, la misma fuera resuelta por el Tribunal Constitucional.

Además de la anterior objeción la cuestión planteada adolecería de defectos en el trámite de audiencia concedido a las partes, el cual tuvo algunas singularidades relevantes. En primer lugar, estima el Fiscal General que no cabe considerar relevante el hecho de que la apertura del trámite de audiencia se llevase a cabo en el mismo Auto de 3 de febrero de 2010 sin que se dictase una resolución *ad hoc* en forma de providencia, pues se identifica tanto el precepto legal sobre cuya constitucionalidad se duda como el precepto constitucional que se estima infringido, el artículo 122.1 CE. Sin embargo el trámite de audiencia sólo se concedió al Ministerio Fiscal, omitiéndose el traslado a las demás partes sin que pueda estimarse que en ese momento no hubiera otras partes personadas, pues ya las había en el proceso que se seguía ante el Juzgado de Instrucción núm. 13 de Madrid tanto en calidad de denunciante, Organización Impulsora de Discapacitados, como de acusación particular, doña B.E.M. Asimismo, durante la tramitación de las diligencias previas, el Juzgado de Instrucción notificó todas sus resoluciones tanto a la entidad denunciante, como a la acusación particular y al propio Defensor del Menor, contra quien se dirigió la denuncia, dándoles traslado de su contenido. Es por ello que el Fiscal estima que, una vez dictado el Auto de 3 de febrero de 2010 y acordado que el Juzgado de Instrucción núm. 13 de Madrid procediera al emplazamiento de todas las partes, procedía darles traslado a los efectos de ser oídas acerca del eventual planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad con arreglo a lo previsto en el artículo 35.2 LOTC. La Sala, sin embargo, solamente confirió traslado a la representación procesal de doña B.E.M. mediante una providencia en la que no se indicaba expresamente ni el precepto legal cuestionado, ni el precepto constitucional que se estimaba infringido, deficiencias que podrían, no obstante, entenderse subsanadas si se integrara con el contenido del anterior Auto de 3 de febrero de 2010, en el cual tales preceptos sí que resultaban identificados. Pese a ello, el Fiscal General del Estado estima que la principal objeción insubsanable que vicia el trámite de audiencia es la ausencia de traslado a todas las partes interesadas a los efectos de ser oídas así como el traslado efectuado a una de ellas con posterioridad, una vez que el Ministerio Fiscal ya había emitido su dictamen, y no por un plazo común, tal como exige expresamente el artículo 35.2 LOTC, contraviniendo con ello la doctrina constitucional que exige que el trámite de audiencia ha de entenderse con todas las partes (ATC 453/2007, FJ 2) y que el plazo de alegaciones ha de ser común (AATC 127/2008 y 179/2003).

Finalmente, el Fiscal General del Estado estima que, además de los defectos procesales ya apuntados concurre otro motivo de inconstitucionalidad como es la total falta de identidad entre los preceptos constitucionales cuya pretendida vulneración constituía el fundamento de la cuestión planteada. Así, inicialmente, la Sala en su Auto de 3 de febrero de 2010 invocó el artículo 122.1 como precepto constitucional vulnerado. No obstante, con posterioridad la Sala, a la vista del dictamen del Ministerio Fiscal que

razonaba la inexistencia de incompatibilidad entre el precepto legal y el artículo 122.1 CE, modificó su planteamiento introduciendo un nuevo precepto constitucional, el artículo 149.1.6 CE, que no estaba incluido ni mencionado en la anterior resolución, denunciando la invasión de las competencias del Estado en materia de legislación procesal. Apunta en este sentido que, según reiterada doctrina constitucional (ATC 305/2008 y otros), abierto el trámite de audiencia e identificado el precepto o preceptos constitucionales que se consideran vulnerados, éstos actúan como límite objetivo, de tal modo que el órgano judicial queda vinculado a elevar la cuestión de inconstitucionalidad sobre dichos preceptos estando prohibida la introducción de nuevos preceptos constitucionales que alteren los elementos originarios del debate. En el presente caso la modificación adquirió un carácter relevante en cuanto modificó el planteamiento material adoptado inicialmente por la Sala viciando de raíz la totalidad del trámite de audiencia, por lo que la cuestión planteada incurriría en causa de inadmisión.

II. Fundamentos jurídicos

1. La presente cuestión de inconstitucionalidad se plantea en relación con el artículo 9.3 de la Ley 5/1996, de 8 de julio, del Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid, por posible invasión de la competencia estatal en materia de legislación procesal del artículo 149.1.6 CE.

El precepto cuestionado dispone lo siguiente:

«Durante su mandato no podrá ser detenido ni retenido por actos delictivos cometidos en el territorio de la Comunidad de Madrid, sino en el caso de flagrante delito, correspondiendo decidir en todo caso, sobre su inculpación, prisión, procesamiento y juicio, al Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Fuera de dicho territorio la responsabilidad penal será exigible en los mismos términos ante al Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.»

Según se ha expuesto, el órgano judicial *a quo* plantea la carencia de competencia de la Comunidad Autónoma de Madrid para establecer el aforamiento del Defensor del Menor por parte de la ley autonómica reguladora de dicha institución pues con ello se estarían vulnerando las competencias exclusivas en materia de legislación procesal que el artículo 149.1.6 CE atribuye al Estado. Por su parte, el Ministerio Fiscal ha interesado la inadmisión de la cuestión por incumplimiento de los requisitos procesales exigidos por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC).

2. Conforme a lo dispuesto en el artículo 37.1 LOTC este Tribunal Constitucional puede rechazar en trámite de admisión, mediante Auto y con la sola audiencia del Fiscal General del Estado, aquellas cuestiones de inconstitucionalidad que adolezcan de la falta de los necesarios requisitos procesales o que fueren notoriamente infundadas. Pues bien, el análisis de la presente cuestión de inconstitucionalidad pone de manifiesto que en la misma concurre el primer motivo de inadmisión, dado que no satisface las exigencias que para su promoción se derivan de los artículos 163 CE y 35 a 37 LOTC.

3. Aunque la cuestión de inconstitucionalidad no se ha formalizado dentro del plazo para dictar Sentencia, como exige el artículo 35.2 LOTC, su planteamiento anticipado no plantea inconveniente alguno a la vista de las circunstancias concurrentes en este caso. A este respecto precisa el ATC 236/2002, de 26 de noviembre, que: «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). 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 420/2003, de 16 de diciembre, y las numerosas resoluciones allí mencionadas). Así pues, este Tribunal ha sostenido la necesidad de hacer una interpretación flexible de dicho requisito en casos excepcionales, limitados, como regla general, a las leyes procesales, como es el caso que aquí se plantea, por cuanto lo que la Sala cuestiona es la norma legal que le atribuye la competencia con lo que ningún reproche merece que se plantee desde el primer momento la cuestión de inconstitucionalidad (en el mismo sentido STC 145/1988, de 12 de julio, y ATC 47/1994, de 8 de febrero, FJ 1).

Ahora bien, si tal planteamiento anticipado de la cuestión de inconstitucionalidad es admisible resulta que, en este caso, tal y como ha señalado el Ministerio Fiscal, se eleva después de que el órgano judicial haya aplicado el mismo precepto sobre cuya constitucionalidad ahora dice albergar dudas fundadas. En efecto, como se ha expuesto en los antecedentes de la presente resolución, tras el dictamen del Ministerio Fiscal favorable a la asunción de la competencia por el órgano judicial *a quo*, éste dictó el Auto de 3 de febrero de 2010 en el que acuerda la apertura del trámite de audiencia previsto en el artículo 35.2 LOTC, decisión que viene precedida por otra, adoptada en ese mismo Auto, en el sentido de declarar su competencia para conocer de la denuncia interpuesta, haciendo así aplicación de lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Ley 5/1996, recabando del Juzgado de Instrucción núm. 13 de Madrid la remisión de las actuaciones originales del proceso con el oportuno emplazamiento de las partes personadas. Es decir, en una misma decisión, el órgano judicial asumió la competencia para conocer del proceso –haciendo así expresa aplicación del precepto legal cuestionado– para, pese a ello, exteriorizar inmediatamente después las dudas de constitucionalidad que albergaba respecto al mismo.

Dicha actuación entra en clara contradicción con nuestra doctrina al respecto, según la cual (ATC 184/2009, de 15 de junio, FJ 2): «Ante esta forma de proceder debemos recordar que la cuestión de inconstitucionalidad presenta en nuestro ordenamiento jurídico carácter prejudicial, de modo que, como ya afirmáramos en los AATC 361/2004, de 21 de septiembre, FJ 4; y 134/2006, de 4 de abril, FJ 2, “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”».

No habiéndose respetado el carácter prejudicial de la cuestión es evidente que tampoco se ha formulado adecuadamente el juicio de relevancia pues mal puede realizarse éste en relación con un precepto que ya se aplicó en una previa decisión por la que el órgano judicial se declara competente para conocer del proceso en cuyo seno se eleva esta cuestión de inconstitucionalidad.

4. En segundo lugar, resulta que el trámite de audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal no se ha cumplimentado satisfactoriamente.

El ATC 389/2008, de 17 de diciembre, FJ 2, sintetiza la doctrina elaborada por este Tribunal Constitucional acerca del referido trámite en los términos siguientes: «acerca de este trámite hemos recordado en el ATC 202/2007, de 27 de marzo, que responde al doble objetivo de garantizar la audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal ante una posible decisión judicial de tanta entidad como es la apertura de un proceso constitucional y de poner a disposición del órgano judicial un medio que le permita conocer la opinión de los sujetos interesados con el fin de facilitar su reflexión sobre la conveniencia o no de proceder a la apertura de dicho proceso. Es por tanto, dijimos entonces con cita del ATC 295/2006, de 26 de julio, FJ 1, y reiteramos ahora, “un requisito de todo punto inexcusable, cuya eventual omisión constituye un defecto en el modo de proposición de la cuestión que ha de determinar, tras el trámite previsto en el artículo 37.1 LOTC, la

inadmisión de la cuestión así suscitada (STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 4; y AATC 136/1995, de 9 de mayo, FJ único; 152/2000, de 13 de junio, FJ 2; 265/2000, de 14 de noviembre, FJ 2; 199/2001, de 4 de julio, FJ 1; 102/2003, de 25 de marzo, FJ 2; y 164/2006, de 9 de mayo, FJ único, entre otros muchos)... Igualmente hemos hecho hincapié en que “la importancia de la audiencia del artículo 35.2 LOTC 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, resultando inexcusable, por el contrario, que en él se identifiquen con precisión tanto los preceptos legales sobre cuya constitucionalidad se albergan dudas como las normas de la Constitución que se consideren vulneradas (ATC 401/2006, de 8 de noviembre, FJ 2, y las numerosas resoluciones allí citadas)” (FJ 2).»

A este respecto, entre los defectos padecidos por el trámite de audiencia que ahora se examina, cabe señalar que, sin perjuicio de lo que se dirá respecto a la no apertura de ese trámite respecto a las partes no comparecidas ante el órgano judicial *a quo*, el trámite de audiencia se abrió por la Sala en dos momentos distintos. Así, mediante el ya referido Auto de 3 de febrero de 2010, se dio inicial traslado al Ministerio Fiscal, que cumplimentó dicho trámite por escrito registrado el día 17 de febrero de 2010 estimando que no procedía el planteamiento de la cuestión, mientras que, una vez evacuado por el Ministerio Fiscal el trámite de alegaciones, por providencia de 19 de enero de 2011, se abrió nuevamente dicho trámite para la representación procesal de doña B.E.M., que no se opuso al planteamiento de la cuestión.

Así pues, es de apreciar que en este caso, el trámite de audiencia no ha sido común sino sucesivo con lo que se infringe el artículo 35.2 LOTC en tanto dispone claramente que el plazo para que aleguen las partes y el Ministerio Fiscal ha de ser común pues tal previsión tiene el sentido de que el trámite se lleve a cabo para que respondan, sin que conozcan las alegaciones de las otras partes y del Ministerio Fiscal, al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad que les someta el órgano judicial (en tal sentido AATC 174/2007, de 27 de febrero, FJ 2; y 127/2008, de 22 de mayo, FJ 2).

Tampoco todas las partes han tenido la oportunidad de exponer su criterio sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, pues únicamente el Ministerio Fiscal y la parte personada expresamente ante la Sala han tenido la oportunidad de hacer las correspondientes alegaciones. En este sentido es doctrina reiterada que la omisión del trámite de audiencia de una de las partes constituye sin duda una irregularidad del procedimiento que debe llevar a considerarlo incorrectamente tramitado (ATC 299/2005, de 5 de julio, FJ 3).

De las actuaciones resulta que, dejando aparte el caso de la Organización Impulsora de Discapacitados cuya personación fue rechazada por el Juzgado de Instrucción núm. 13, es evidente que no se ignora la identidad de la otra parte no comparecida, el Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid. Conviene tener presente, además, que es al titular de dicho órgano al que se le imputa en la denuncia y en la posterior acusación particular ejercida por la representación procesal de B.E.M. una conducta que pudiera llegar a considerarse delictiva. Asimismo, si bien no había comparecido ante la Sala ni se había personado formalmente en las diligencias preliminares abiertas ante el ya mencionado Juzgado de Instrucción núm. 13, es indudable que tales diligencias le han sido notificadas y que ha tenido intervención en las mismas hasta el punto de que ha sido dicho Defensor del Menor el que ha señalado la concurrencia del aforamiento respecto al cual se plantea ahora la duda de constitucionalidad. Por otra parte, como consta en los antecedentes, la propia Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid consideró en su providencia de 14 de mayo de 2010 efectuados los emplazamientos a todas las partes, lo que determina que a ellas hubiera debido darse audiencia con independencia de que las mismas hubieran comparecido ante la Sala en el momento en que el órgano judicial decide respecto a la apertura del trámite de audiencia conducente al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

Por lo demás, el emplazamiento que se realizó a las partes no tiene valor alguno a los efectos del trámite de audiencia previsto en el artículo 35.2 LOTC, pues dicha audiencia a

las partes no es una secuencia del proceso a quo sino una pieza preliminar del posterior proceso constitucional. Así, quien no comparece en el proceso o deja de atender los llamamientos judiciales lo hace en orden a las pretensiones y posiciones de las demás partes que se ventilan en ese mismo proceso, pero no respecto de aquellas cuestiones que, estrictamente hablando, no forman parte del mismo como es el eventual planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad. En rigor, dicho trámite de audiencia constituye así el momento inicial del procedimiento dado que lo que se ventila no es sino la posibilidad de alegar lo que al derecho de las partes convenga sobre la pertinencia de plantear la cuestión. De este modo lo determinante es que las partes, comparecidas ante la Sala o no, tengan la opción de ser oídas y expresar su parecer sobre una decisión de tanta entidad como el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad pues no debe olvidarse que existe «un interés jurídicamente protegido por la nuestra Ley Orgánica en relación con las partes de un proceso ordinario para hacerse oír en el incidente previo que se considera» (ATC 875/1985, de 5 de diciembre, FJ 1). De esta forma la decisión de la Sala de oír solo a la parte que se personó ante la misma es también causa determinante de la inadmisión de la cuestión por vulnerar la reiterada doctrina de este Tribunal, sobre la finalidad de la audiencia del artículo 35.2 LOTC (ATC 188/2009, de 23 de junio, FJ 2 y doctrina allí citada).

5. Asimismo, en lo que respecta al Auto por el que se da audiencia al Ministerio Fiscal, resulta que en el mismo solamente se plantea un eventual motivo de inconstitucionalidad, el relativo a la vulneración del artículo 122.1 CE en relación con lo que se considera insuficiencia de rango de la norma autonómica para crear el aforamiento que se cuestiona. En ningún momento se menciona el motivo por el que finalmente, conforme al Auto de planteamiento, se formula la cuestión de inconstitucionalidad, esto es, la vulneración de las competencias estatales en materia de legislación procesal del artículo 149.1.6 CE, motivo que el propio Auto de planteamiento califica como una cuestión diferente de la inicialmente suscitada pues, respecto a la vulneración del artículo 122.1 CE, el Auto de planteamiento descarta su concurrencia admitiendo expresamente la interpretación sugerida por el Ministerio Fiscal. Así resulta que el motivo, en forma de preceptos constitucionales de contraste, en que se sustentaba la duda de constitucionalidad formulada por la Sala se ha modificado por completo respecto a aquel que fue sometido a la audiencia del Fiscal, pues el órgano judicial ha introducido *ex novo* un motivo de inconstitucionalidad del precepto legal cuestionado sobre el que ninguna de las partes ha tenido ocasión de pronunciarse y que, a la postre, constituye el único fundamento de la duda del órgano judicial. Con ello se está desconociendo la doctrina que exige, como regla general, que exista identidad entre los criterios constitucionales que emplea el órgano judicial para formular sus dudas a las partes en el proceso y a este Tribunal y aquellos que esas mismas partes han tenido oportunidad de conocer, proponer y alegar en el trámite previo del artículo 35.2 LOTC (STC 120/2000, de 10 de mayo, FJ 2) de manera que un cuestionamiento de la constitucionalidad de la ley ajeno a lo alegado en el trámite previo, ha de llevar a la conclusión de que el trámite mismo quedó privado de toda virtualidad, con los efectos consiguientes sobre la admisibilidad de la cuestión.

Tampoco en la segunda providencia dirigida a la representación procesal de doña B.E.M. se satisficieron las exigencias rituarías mínimas del trámite del artículo 35.2 LOTC ya que no se detalla el precepto legal sobre el que el órgano judicial mantiene dudas de constitucionalidad, puesto que únicamente se hace referencia al aforamiento del Defensor del Menor, ni tampoco la norma de la Constitución con la que pudiera entrar en contradicción. Deficiencia que, de acuerdo con una reiterada doctrina constitucional, afecta al correcto desarrollo de dicho trámite, pues para que su realización pueda cumplir adecuadamente la doble función de garantizar la audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal ante una posible decisión judicial de tanta entidad como es la apertura de un proceso constitucional y de poner a disposición del órgano judicial un medio que le permita conocer la opinión de los sujetos interesados con el fin de facilitar su reflexión sobre la conveniencia o no de proceder a la apertura de dicho proceso, resulta imprescindible que el órgano judicial identifique con precisión, no sólo los preceptos

legales sobre cuya constitucionalidad alberga dudas, sino también los artículos del texto constitucional que aquéllos puedan haber infringido (por todos, AATC 263/2006, de 4 de julio; y 370/2007, de 12 de septiembre). En todo caso, aun estimando que la referencia al aforamiento del Defensor del Menor pudiera estimarse suficiente a los efectos de identificar el precepto legal cuestionado, no puede obviarse que la providencia en cuestión no proporciona a la parte el más mínimo indicio que le permitiera inferir los términos de la duda del órgano judicial y situar la cuestión en sus estrictos términos constitucionales.

La concurrencia de todos estos defectos procesales constituyen, sin duda, irregularidades del procedimiento que debe llevar a considerarlo incorrectamente tramitado, incumpliendo así lo establecido en el artículo 35.2 LOTC y determinando la inadmisión *a limine* de la presente cuestión de inconstitucionalidad.

ACUERDA

Inadmitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad.

Publíquese este Auto en el «Boletín Oficial del Estado».

Madrid, a veintisiete de noviembre de dos mil doce.—Pascual Sala Sánchez.—Ramón Rodríguez Arribas.—Manuel Aragón Reyes.—Pablo Pérez Tremps.—Francisco José Hernando Santiago.—Adela Asua Batarrita.—Luis Ignacio Ortega Álvarez.—Encarnación Roca Trías.—Andrés Ollero Tassara.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Juan José González Rivas.—Firmado y rubricado.