|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 103/2004 |
| Fecha | de 13 de abril de 2004 |
| Sala | Pleno |
| Magistrados | Don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, don Tomás Salvador Vives Antón, don Pablo García Manzano, don Pablo Cachón Villar, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Guillermo Jiménez Sánchez, doña María Emilia Casas Baamonde, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Roberto García-Calvo y Montiel, don Eugeni Gay Montalvo y don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. |
| Núm. de registro | 15-2003 |
| Asunto | Cuestión de inconstitucionalidad 15-2003 |
| Fallo | Inadmitir la presente cuestión de inconstitucionalidad. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 3 de enero de 2003, dirigido al Presidente del Tribunal Constitucional, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ciudad Real expone que en el rollo de apelación núm. 116-2002 se promueve elevar al Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad planteada en dicho rollo con el testimonio de los autos y de las alegaciones de las partes. La documentación aportada incluye el Auto de 10 de diciembre de 2002 en el que se acuerda por dicha Audiencia Provincial plantear ante este Tribunal la cuestión de inconstitucionalidad del art. 319.2 del Código penal.

2. Los hechos que pueden ser relevantes en este proceso constitucional son los siguientes: a) La Fiscalía de Ciudad Real presentó el 9 de noviembre de 2001 en el Juzgado Decano de Ciudad Real una denuncia contra doña María Francisca García-Pliego como presunta autora de un delito contra la ordenación del territorio del art. 319.2 CP, fundamentado en que la denunciada era titular de una parcela en el término municipal de Carrión de Calatrava, calificada como suelo rústico no urbanizable, en la que había construido una vivienda unifamiliar de dos plantas, que no era legalizable. b) El Juzgado de Instrucción núm. 1 de Ciudad Real por Auto de 23 de noviembre de 2001 acordó incoar las diligencias previas núm. 1979-2001 y tras diversas actuaciones dictó el Auto de 11 de diciembre de 2001 acordando el sobreseimiento libre y el archivo de las diligencias. Contra dicho Auto el Ministerio Fiscal interpuso recurso de reforma que fue desestimado por Auto de 28 de enero de 2002 al considerar que el ámbito de sujetos activos del art. 319.2 CP está restringido a personas profesionales y no a promotores individuales privados, por lo que los hechos denunciados no serían constitutivos de delito. c) El Ministerio Fiscal interpuso recurso de apelación, al considerar que el art. 319.2 CP no excluye del ámbito de sujetos activos a los promotores individuales. Admitido el recurso de apelación en ambos efectos por providencia de 21 de febrero de 2002 y habiéndose concedido plazo legal a las demás partes personadas para alegaciones, se elevaron las actuaciones a la Audiencia Provincial para su resolución. d) La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, por providencia de 19 de noviembre de 2002, acordó dar audiencia a las partes, otorgando un plazo común de 10 días para que pudieran alegar lo que estimaran conveniente sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional respecto del art. 319.2 CP, en relación con los arts. 9.3, 17 y 25 CE. Las dudas de constitucionalidad se basan en que, conforme al tenor literal de dicho precepto, interpretado de acuerdo con lo previsto en la Ley de Ordenación de la Edificación, cuando un particular realiza una edificación no autorizable en suelo no urbanizable, cometería un delito contra la ordenación del territorio. Ello implicaría la criminalización de todas las conductas administrativas irregulares de edificación en suelo no urbanizable con independencia de la gravedad del atentado o del carácter profesional o no del autor. De ese modo, la dicción del precepto, al no determinar que ha de entenderse por promotor, rompe con el principio de proporcionalidad con el resto de los delitos contemplados en el título XVI CP en los que se exige que la conducta típica esté presidida por el concepto de gravedad. E, igualmente, la política municipal de ordenación urbanística sobre calificación del suelo y la posibilidad de regularización de las edificaciones irregulares incidirían en el tipo más allá de los márgenes que el principio de seguridad jurídica implica. Todo lo que contrasta con la pena privativa de libertad prevista que provoca una extensión desmesurada de la esfera de las conductas punibles. e) El Ministerio Fiscal, por escrito de 2 de diciembre de 2002, se opone al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, considerando que el tipo penal no pretende la criminalización de todas las conductas administrativas irregulares en que se construye sin licencia o fuera de los límites de la licencia sino sólo de aquéllas en que, además, la urbanización no es legalizable conforme a la legislación urbanística, por lo que no cabe afirmar que se ha incurrido en infracción del principio de proporcionalidad, ya que no resulta irracional teniendo en cuenta la conducta que castiga y la pena que impone. f) Por escrito de 2 de diciembre de 2002 la denunciada considera pertinente el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, adhiriéndose a los argumentos de la providencia.

3. Por Auto de 10 de diciembre de 2002, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ciudad Real acordó plantear ante este Tribunal cuestión de inconstitucionalidad del art. 319.2 CP, en relación con los arts. 9.3, 17 y 25 CE. En dicho Auto se justifica que la cuestión no se plantea por la interpretación o alcance del ámbito de los sujetos activos descritos en el tipo penal y, especialmente, en relación con el concepto de promotor, sino por las quiebras del principio de proporcionalidad y de seguridad jurídica que provoca la redacción de dicho precepto. En concreto, se justifica la posible existencia de un quiebra del principio de proporcionalidad en la siguientes razones: la primera, porque el art. 319.2 CP establece penas privativas de libertad para una conducta ilegal o irregular administrativamente que no consiste necesariamente en un atentado grave, frente al resto de conductas típicas del título XVI CP, que están presididas por la exigencia de la gravedad. La segunda, porque la criminalización prevista en el art. 319.2 CP sólo dejaría subsistente en el ámbito administrativo conductas calificadas como infracción leve en supuestos de falta de licencia, proyecto o algún trámite. La tercera, porque el art. 319.2 CP, al tratarse de un tipo penal en blanco, posibilita, merced a las competencias sobre calificación del suelo de la Administración, que dos conductas no sean igualmente sancionables. La cuarta, porque el art. 319.2 CP permite una reacción penal innecesaria ante infracciones de menor levedad e, incluso, aunque se entendiera adecuada la reacción penal, la pena privativa de libertad es desproporcionada para dichas conductas. En relación con la quiebra de la seguridad jurídica se considera que la extensión del tipo puede llevar a situaciones de desigualdad y arbitrariedad, fuertemente condicionadas por la sucesión de planeamientos y recalificaciones que podrían provocar la sanción de una conducta por construcción en terreno rústico que con escaso margen temporal sea calificado como urbanizable. Igualmente, se destaca que el tipo penal carece de una necesaria definición del núcleo del delito con lo que no se establece una debida autonomía con las infracciones administrativas.

4. Por providencia de 25 de marzo 2003 la Sección Segunda de este Tribunal acordó oír al Fiscal General del Estado para que, conforme a lo previsto en el art. 37.1 LOTC, expusiera lo que considerara conveniente sobre la inadmisibilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad, por si no reuniera el requisito procesal de haberse planteado una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar Sentencia (art. 35.2 LOTC) y por si estuviera notoriamente infundada (art. 37.1 LOTC).

5. El Fiscal General del Estado formuló sus alegaciones por escrito registrado en este Tribunal el 15 de abril de 2003, interesando su inadmisión tanto por haberse planteado la cuestión de inconstitucionalidad prematuramente en el tramite de un recurso de apelación contra un Auto de sobreseimiento, sin esperar al momento previo al de dictar Sentencia; como por su notoria falta de fundamento, ya que no cabe apreciar infracción de los principios de proporcionalidad y seguridad jurídica, pues el precepto cuestionado protege un bien jurídico reconocido de manera expresa en la Constitución y lo hace con una sanción que permite al juez su modulación atendiendo a las circunstancias concurrentes y su tipificación no crea incertidumbre en los destinatarios, viniendo definidos sus conceptos básicos tanto en la legislación autonómica como estatal.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ciudad Real plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 319.2 CP por posible vulneración del principio de proporcionalidad y de seguridad jurídica. La Fiscalía General del Estado considera que no se ha cumplido el requisito procesal de haberse planteado una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar Sentencia, además de que está notoriamente infundada.

2. El art. 37.1 LOTC establece que podrá el Tribunal rechazar, en trámite de admisión, mediante Auto y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado, la cuestión de inconstitucionalidad cuando faltaren las condiciones procesales o fuera notoriamente infundada la cuestión suscitada. El art. 35.2 LOTC incluye entre los requisitos procesales que sólo se podrá plantear la cuestión de inconstitucionalidad una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar Sentencia. En ese sentido, el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad en momento procedimental anterior al indicado provoca, en principio y conforme al art. 37.1 LOTC, su inadmisión por prematura.

Este Tribunal ha sostenido la necesidad de hacer una aplicación flexible de dicho requisito procesal en casos excepcionales basado, por un lado, en razones de economía procesal y, por otro, para dar cumplimiento al fin de hacer efectiva la colaboración entre el Juez ordinario y el Tribunal Constitucional que la cuestión de inconstitucionalidad entraña, en la que es prevalente el interés objetivo en la depuración del ordenamiento jurídico de leyes que ofrecen duda de constitucionalidad. Esta posibilidad excepcional, en todo caso, ha sido constreñida, como regla general, a las leyes procesales, y sólo se ha considerado admisible en el caso de leyes sustantivas cuando la ulterior tramitación del proceso hasta Sentencia no pudieran 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 (SSTC 8/1982, de 4 de marzo, FJ 1; 54/1983, de 21 de junio, FFJJ 2 y 3; 25/1984, de 23 de febrero, FJ 2.c; 19/1988, de 16 de febrero, FJ 1; 186/1990, de 15 de noviembre, FJ 2; 76/1992, de 14 de mayo, FJ 2.a; 110/1993, de 25 de marzo, FJ 2 o 234/1997, de 18 de diciembre, FJ 2; y AATC 121/1990, de 13 de marzo, FJ 2; 60/1991, de 12 de febrero, FJ 2; 92/1991, de 12 de marzo, FJ 3; 47/1994, de 8 de febrero, FJ 1; 203/1998, de 29 de septiembre, FJ 2; 236/1998, de 10 de noviembre, FFJJ 1 y 2, o 24/2000, de 18 de enero, FJ 2).

Más en concreto, este Tribunal ha considerado prematuras las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por órganos judiciales del orden penal contra normas penales sustantivas en fase de instrucción, cuando de ello dependía un eventual archivo de las actuaciones (STC 234/1997, de 18 de diciembre, FJ 2.b, y AATC 121/1990, de 13 de marzo, FJ 2, y 203/1998, de 29 de septiembre, FJ 2), lo mismo que en el caso en que fueran planteadas como cuestión previa en la vista oral (ATC 236/1998, de 10 de noviembre, FJ 2) o en el trámite del recurso de apelación contra una Sentencia, antes de pronunciarse sobre proposición de prueba y celebración de vista oral en esa segunda instancia (ATC 24/2000, de 18 de enero, FJ 2), ya que en todos esos momentos procesales todavía no es posible saber si la norma que se cuestiona es aquella de la que va a depender el fallo, pues 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.

Por tanto, debe concluirse que no cumple el requisito del art. 35.2 LOTC, sobre el momento procesal adecuado para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, aquellos supuestos en que el órgano judicial en fase de instrucción plantea la cuestión sobre una norma sustantiva, aunque de ello dependa un eventual sobreseimiento y archivo de las actuaciones, ya que la aplicabilidad de la norma penal sustantiva cuestionada a los hechos que se enjuician todavía depende forzosamente de las ulteriores actuaciones procesales y muy concretamente de los resultados del juicio oral que, en su caso, se deba celebrar.

3. En el presente caso, atendiendo a la doctrina expuesta anteriormente, debe entenderse que la cuestión de inconstitucionalidad ha sido planteada de forma prematura, ya que se constata que la Audiencia Provincial la ha presentado en un momento procesal en que las actuaciones judiciales estaban todavía pendientes de resolución de un recurso de apelación contra la desestimación de un recurso de reforma contra el Auto de sobreseimiento libre y archivo y, por tanto, en fase de instrucción. Con ello, por la temprana fase procesal en que se encuentra la causa, todavía no es posible saber si va a depender el fallo de la norma que se cuestiona, ya que ni siquiera se ha formulado escrito de acusación ni se ha celebrado juicio oral, por lo que ni se sabe si finalmente la acusación será por este delito, los hechos denunciados van a quedar probados o existirá otra norma penal que desplazará aquélla.

Por tanto, la presente cuestión de inconstitucionalidad está incursa en la causa de inadmisión de no haber sido planteada una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar Sentencia (art. 37.1, en relación con el art. 35.2 LOTC).

Por lo expuesto, el Pleno del Tribunal

ACUERDA

Inadmitir la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Madrid, a trece de abril de dos mil cuatro.