|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 121/1990 |
| Fecha | de 13 de marzo de 1990 |
| Sala | Pleno |
| Magistrados | Don Francisco Tomás y Valiente, don Francisco Rubio Llorente, don Antonio Truyol Serra, don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Carlos de la Vega Benayas, don Eugenio Díaz Eimil, don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, don Jesús Leguina Villa, don Luis López Guerra, don Álvaro Rodríguez Bereijo y don José Vicente Gimeno Sendra. |
| Núm. de registro | 277-1990 |
| Asunto | Cuestión de inconstitucionalidad 277/1990 |
| Fallo | En su virtud, el Pleno acuerda la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de Instrucción núm. 26 de Madrid en relación con el art. 410 del Código Penal. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. El Juzgado de Instrucción núm. 26 de Madrid promovió ante este Tribunal, mediante Auto dictado el 29 de enero último en las diligencias previas de procedimiento abreviado núm. 1255/1989, cuestión sobre la posible inconstitucionalidad del art. 410 del Código Penal por contradicción con los arts. 1 y 14 de la Constitución, al considerarse, básicamente, que la norma cuestionada vulnera el principio de justicia que propugna la Constitución como valor superior que informa nuestro ordenamiento, por la desproporcionalidad y quiebra que supone decantarse dicho precepto cuestionado por un desvalor social desfasado frente a la protección de la vida del recién nacido como bien jurídico superior y porque quiebra el principio de igualdad que impide prevalezca discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

2. Se dice en el Auto de planteamiento que habiéndose incoado diligencias previas previstas en el Capítulo Primero del Título III del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, arts. 789 y ss., atendiendo a la naturaleza de los hechos denunciados que revestían, prima facie, caracteres de un delito de infanticidio, finalizada la fase instructora es de aplicación el apartado quinto, regla cuarta, del art. 789 de la Ley Procesal que presupone el enjuiciamiento de los hechos y declaración del delito que constituyen, en orden a determinar el procedimiento a seguir, con los efectos que se derivan para las partes y garantías procesales subsiguientes, por lo que la aplicación formal del art. 410 del Código Penal, cuya constitucionalidad se cuestiona, evidentemente compromete el desenlace definitivo del proceso, por existir una relación y efecto directo entre la validez e invalidez de la norma y el fallo a dictar, toda vez que partiendo en su caso de la inconstitucionalidad del mismo es claro que la tipificación de los hechos que correspondería y procedimiento a seguir -parricidio y sumario ordinario, respectivamente- afectan a la resolución a dictar.

Se indica más adelante en la fundamentación del Auto que esperar para plantear la cuestión a la conclusión de la fase intermedia y del propio juicio oral afectaría a las garantías de las partes, ya que la continuación del procedimiento derivado de la aplicación del art. 410 del Código Penal, atendiendo a la pena, sería el previsto en el art. 790 y ss. de la Ley procesal, con la consiguiente celebración del juicio oral ante el Juzgado de lo Penal con arreglo a lo dispuesto en la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre. La declaración de inconstitucionalidad antes de dictar Sentencia llevaría consigo haberse instruido el procedimiento y celebrado el juicio oral con las menores garantías procesales previstas para el enjuiciamiento de hechos menos graves, lo que motivaría una difícil subsanación de la fase instructora realizada, por la necesidad de adecuarse a las normas del sumario ordinario y, en su caso, la nueva celebración del juicio oral ante el órgano jurisdiccional distinto, con quiebra de las garantías ante el conocimiento y prejuicio de los hechos por las partes, testigos y peritos, sin perjuicio de mejor resolución que partiese de no retrotraer las actuaciones a la fase instructora o del juicio oral, de difícil articulación o, cuando menos, con incertidumbre bastante para producir inseguridad jurídica.

3. La Sección Segunda del Pleno, en providencia dictada el 12 de febrero último, acordó tener por recibidas las actuaciones remitidas por el Juzgado de Instrucción mediante las que promueve la referida cuestión, y conforme lo dispuesto en el art. 37.1 LOTC, oír al Fiscal General del Estado para que alegase lo que estimase oportuno en relación con la concurrencia, o no, de las condiciones procesales necesarias para la admisión de la cuestión propuesta, en especial por lo que se refiere a la posible falta de legitimación del Juez instructor para el planteamiento de dicha cuestión.

4. El Fiscal General del Estado, en escrito de 20 de febrero último evacua el trámite conferido sobre admisión solicitando se dicte Auto por el que se rechace la cuestión planteada, en consideración a las siguientes razones:

Señala el Fiscal General del Estado que en la presente cuestión el Juez incoó diligencias previas previstas en el art. 789.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (reformada por L.O. 7/1988, de 28 de diciembre), dentro del nuevo procedimiento abreviado regulado en el Título III del libro IV de la L.E.Crim., y una vez terminadas las diligencias de instrucción, previa audiencia al Ministerio Fiscal y a la defensa, planteó cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional relativa al art. 410 del Código Penal que tipifica el delito de infanticidio. Sin embargo, la cuestión no puede admitirse a trámite por el siguiente grupo de razones:

a) El Juez que plantea la cuestión no es en ningún caso el competente para dictar sentencia y, consiguientemente, para aplicar tal artículo, pues la competencia para el fallo compete bien al Juez de lo Penal (art. 14.3 de L.E.Crim.), o a la Audiencia Provincial (art. 82.1.1.º de LOPJ).

b) Como se pone de manifiesto en el informe del Fiscal, previo al planteamiento de la cuestión, todavía no está perfilado el tipo delictivo que pudiera ser objeto de acusación y, por tanto, de fallo, al no constar en la causa las calificaciones del Ministerio Fiscal y de la defensa. Se plantea la cuestión sobre una posible norma a aplicar en la Sentencia por un Juez o Tribunal distinto al que es competente para la solución definitiva del proceso.

c) Aunque el Tribunal Constitucional ha interpretado la palabra «fallo» del art. 35.1 de LOTC en un sentido amplio como resolución judicial decisiva o imperativa ya se trate de materia de fondo o procesal, exige asimismo que: La resolución comprometa el desenlace definitivo del proceso, o suponga, al menos, la imposición a la parte de una carga de significación económica y el aplazamiento del fallo.

En este caso la decisión sobre el procedimiento a aplicar está ya tomada desde el momento en que el Juez tramita los autos por las normas del procedimiento abreviado. Además, la aplicación o no de la norma del art. 410 del Código Penal, a efectos procesales, no compromete en absoluto el desenlace del pleito que se mueve en un procedimiento provisional, que puede ser alterado en el futuro de acuerdo al párrafo segundo del art. 780 de L.E.Crim. Es decir, concluye el Fiscal general del Estado, la indefinición de la causa del tipo delictivo cuestionado, el momento procesal en que se hace y la falta de legitimación del Juez de Instrucción para promover cuestión de inconstitucionalidad, deben hacer inviable la admisión a trámite de la misma.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Reiteradamente ha señalado la doctrina de este Tribunal 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 aquellos 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 tienen en nuestro ordenamiento, y da sentido tanto a los requisitos que el art. 163 de la Constitución 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 al adecuado cumplimiento de tales requisitos.

Entre tales 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 su ausencia la misma inadmisión del proceso de inconstitucionalidad a través del trámite del art. 37.1 de la LOTC que fue iniciado en la presente cuestión mediante providencia de fecha 12 de febrero pasado.

En el presente caso la duda sobre la constitucionalidad del art. 410 del Código Penal no se suscita en el plazo para dictar sentencia por el órgano que tiene atribuido el conocimiento y fallo de la causa penal seguida, sino por el Juez de Instrucción, una vez concluida la fase instructora señalando, en orden a la idoneidad del momento del planteamiento, que dicho precepto determina la continuación del procedimiento, ya que, en atención a la pena por el prevista, habría de seguirse el regulado en los arts. 790 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con arreglo a lo dispuesto en la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre.

La expresada argumentación no puede, sin embargo, acogerse para justificar la fase procesal en que la cuestión se formula, ni consecuentemente para reconocer competencia al Juez promovente para el planteamiento efectuado.

Es cierto que este Tribunal, desde su STC 8/1982, ha flexibilizado la rígida aplicación de la literalidad del precepto de su Ley Orgánica, admitiendo la formulación de la cuestión de inconstitucionalidad cuando el proceso pende de la adopción de una resolución en forma de Auto, incluso de naturaleza interlocutoria, sin necesidad de esperar a la fase de conclusión del proceso. Tal posibilidad, no obstante, que contempla específicamente la eventualidad de dudas de inconstitucionalidad referida a leyes procesales, sólo es admisible en relación con Leyes de naturaleza sustantiva cuando la ulterior tramitación del proceso hasta Sentencia no puede aportar ningún elemento adicional de juicio sobre aplicabilidad de la norma legal cuestionada, ni sobre su efecto determinante del fallo que haya de dictarse, ni sobre su legitimidad constitucional, o cuando la propia norma tenga una incidencia anticipada e irreversible en el propio proceso en curso, circunstancias éstas que no cabe apreciar en el presente caso.

En efecto, con independencia de que el procedimiento se instruye ya desde el primer momento como diligencias previas de procedimiento abreviado, la aplicabilidad de la norma penal sustantiva cuestionada a los hechos que se enjuician depende forzosamente de las ulteriores actuaciones procesales y su eventual subsunción en el tipo muy concretamente de los resultados del juicio oral que se celebra.

2. Por otra parte, se aprovecha para el planteamiento de la cuestión una mera calificación indiciaria y provisional que ni siquiera condiciona definitivamente el procedimiento. Por el contrario, el art. 780 de la L.E.Crim. permite, con carácter general, el cambio del procedimiento si resulta ulteriormente que el hecho no se encuentra comprendido en las previsiones del que se sigue; sin perjuicio de que la atribución del conocimiento para el fallo que se realiza, conforme a los arts. 790 y 791 de la L.E.Crim., después de la formulación por las partes de los escritos de acusación y defensa, pueda incluso verse alterada en el propio juicio oral de acuerdo con la nueva calificación que pueda efectuarse.

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

ACUERDA

En su virtud, el Pleno acuerda la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de Instrucción núm. 26 de Madrid en relación con el art. 410 del Código Penal.

Madrid, a trece de marzo de mil novecientos noventa.