|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 144/1991 |
| Fecha | de 7 de mayo de 1991 |
| Sala | Pleno |
| Magistrados | Don Francisco Tomás y Valiente, don Francisco Rubio Llorente, 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 | 309-1991 |
| Asunto | Cuestión de inconstitucionalidad 309/1991 |
| Fallo | Por lo expuesto, el Pleno acuerda desestimar el recurso de súplica interpuesto contra la providencia de admisión a trámite de la presente cuestión de inconstitucionalidad. Se concede un nuevo plazo de quince días al Fiscal General del Estado y al Abogadodel Estado para que puedan presentar las alegaciones que estimen oportunas. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. El Juzgado de lo Penal núm. 1 de Alicante planteó ante este Tribunal, mediante Auto dictado el 16 de enero último en los autos de juicio oral núm. 355/90, cuestión de inconstitucionalidad del art. 219.10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por posible vulneración del principio de juez imparcial del art. 24.2 de la Constitución.

Señala el Auto de planteamiento que, dictada Sentencia por el Juzgado de referencia y apelada a misma, la Audiencia Provincial de Alicante dictó Sentencia estimatoria del recurso por la que se declara la nulidad de la vista oral y se ordena la reposición de las actuaciones al momento de celebrarse el juicio. Que recibidos los autos en el Juzgado de lo Penal se puso de manifiesto la imposibilidad de juzgar del mismo Magistrado Juez tramitándose petición de abstención de conocer en base al art. 219 L.O.P.J., en interpretación analógica y extensiva remitida a la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que finalmente acordó no aprobar la abstención solicitada por estimar no aplicable la analogía de las causas del art. 219 L.O.P.J.

Se hace constar en la fundamentación del Auto de planteamiento que el art. 24.2 de la Constitución resulta vulnerado por el art. 219.10 L.O.P.J. al no permitir la abstención del Juez que ha sentenciado ya la causa, en la misma instancia, habiéndose anulado su primera resolución según lo dispuesto en el art. 796.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal obligándole a conocer de nuevo, y que el juego de estos dos preceptos -796.2 L.E.Crim. y 219. 10 de la L.O.P.J.- provocan la colisión con el art. 24.2 de la C.E., siendo, por incompleto, inconstitucional el citado art. 219.10 L.O.P.J.

2. Por providencia de la Sección Tercera de este Tribunal de 20 de marzo de 1991 se admitió a trámite la cuestión promovida acordándose dar traslado de las actuaciones recibidas conforme a lo establecido en el art. 37.2 LOTC y publicándose la incoación de la cuestión en el «Boletín Oficial del Estado» para general conocimiento.

3. El Fiscal General del Estado, en escrito de 26 de marzo siguiente interpuso recurso de súplica contra la citada providencia de admisión a trámite, con base en las siguientes consideraciones:

La denunciada inconstitucionalidad del art. 219.10 L.O.P.J. no se halla en lo que el precepto dice sino en lo que, a juicio del proponente, omite: que no se incluya en este apartado como causa de recusación el haber fallado anteriormente el Juez o Magistrado, supuesto que se produce cuando, anulada una Sentencia en segunda instancia por quebrantamiento de forma, se ordena que se reponga el procedimiento al estado en que encontraba al cometerse la falta (art. 796.2 L.E.Crim.) y el mismo Juez ha de decidir. Y este es justamente el caso existente en el proceso del que trae origen la presente cuestión. No cabe duda de que este es el planteamiento, pues así se dice de modo expreso en el Auto cuestionante: «...siendo, por incompleto, inconstitucional el art. 219. 10» (pág. 5).

Siendo así, el cuestionamiento se nos presenta como manifiestamente falto. de relevancia constitucional, en el marco propio de una cuestión de inconstitucionalidad, o, lo que es lo mismo, la cuestión está notoriamente infundada. En efecto, el Auto no contiene ningún razonamiento que permita concluir con alguna apariencia de viabilidad que los motivos de recusación contenidos en el precepto que se controvierte sean contrarios a la Constitución, previa comparación con ésta como parámetro de su validez; ningún reproche se hace en este sentido al mismo; lo que se dice es que debía de tener mayor amplitud y abarcar supuestos como el que se presentó en el proceso de origen, esto es, cuando un Juez debe fallar de nuevo porque la Sentencia dictada se ha revocado en alzada por quebrantamiento de forma y ha de repetirse el juicio. Que debiera ser así, es decir, que el Juez que antes falló pudiera abstenerse o, en su caso, ser recusado es un problema que no se halla en el precepto cuestionado y que no permite, por tanto, que dicho precepto pueda ser objeto de cuestión de inconstitucionalidad. Si existe una «laguna legal» que dice el Juez promotor o si se encuentra «en una encrucijada sin salida», que también dice, porque ha de fallar asunto sobre el que ya tiene formado criterio, ello no es razón que justifique el planteamiento de proceso de inconstitucionalidad sobre un precepto que nada dice al respecto. Lo que en definitiva se persigue es que se declare la insuficiencia del motivo de recusación enunciado en el precepto dubitado o -así parece- que se autorice una interpretación del mismo que integre supuestos como el de proceso a quo. Son, ambas, declaraciones que no pueden efectuarse en el seno de una cuestión de inconstitucionalidad, limitada institucionalmente a determinar si una norma legal es contraria a la Constitución y esto, obviamente, no puede decirse del art. 219.10 L.O.P.J., ni siquiera lo plantea el Auto cuestionado.

Termina el Fiscal General señalando que el asunto, si bien se mira, se nos presenta más bien como un último remedio que el Juez cree encontrar contra la decisión de la Sala de Gobierno de la Audiencia que rechazó su previa abstención entendiendo que no se daba el supuesto contemplado en el art. 210.19 L.O.P.J. El juez disiente de la interpretación efectuada, a la que ciertamente no puede negársele que se ajusta al texto de la norma, y no encuentra otra solución que suscitar una cuestión de inconstitucionalidad que carece de todo fundamento atendible.

En consecuencia interesa que se admita el presente recurso de súplica y se deje sin efecto la providencia recurrida, declarando por el contrario que la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Magistrado Juez de lo Penal núm. 1 de Alicante referente al art. 219.10 L.O.P.J. es notoriamente infundada y procede decretar su inadmisión según lo prevenido en el art. 37.1 de la LOTC.

4. Por providencia de 1 de abril último, la Sección Tercera acordó incorporar a las actuaciones el recurso de súplica presentado por el Ministerio Fiscal contra el proveído de 20 de marzo, por lo que, con suspensión del plazo que se concedió para formular alegaciones, dar traslado al Abogado del Estado del escrito del Ministerio Fiscal para que, en el plazo de tres días, pudiera exponer lo que estimase procedente acerca del mencionado recurso de súplica.

5. El Abogado del Estado en escrito de 8 de abril último y en relación con el recurso de súplica promovido por el Fiscal General del Estado contra la providencia que admitió la presente cuestión, formula las siguientes alegaciones:

En la cuestión de inconstitucionalidad, el Juez o Tribunal que la inicia tiene la carga de señalar siempre un enunciado legal de cuya conformidad con la Constitución dude por razones enlazadas con los significantes que componen el enunciado o con alguno de ellos. En cambio, la cuestión de inconstitucionalidad no puede convertirse nunca en medio para enjuiciar si existe o no una laguna legal y si debe o no colmarse mediante analogía, que es lo que pretende el Juez a quo. El Juez de lo Penal núm. 1 de Alicante afirma que el art. 219.10 L.O.P.J. es un precepto inconstitucionalmente «incompleto». Si este adjetivo debe recibir un sentido mínimamente objetivable, habrá que entender que un precepto es inconstitucional por incompleto cuando el legislador omitió incluir en él algo a lo que la Constitución le obligaba positivamente. Ahora bien, esta obligación constitucional de «completar» que ha de presuponerse, debe tener unos contornos mínimamente discernibles. Y eso no sucede con la expansión o integración analógica.

Desde el punto de vista de la analogía, cualquier precepto está destinado a quedar perpetuamente incompleto. Al basarse en un juicio de semejanza, la analogía ofrece al operador jurídico uña tarea potencialmente infinita o, al menos, sin límite determinable. Expandido un precepto ex analogía para regular supuestos semejantes a los que expresamente prevé, nada se opone a que los nuevos supuestos asimilados, o anexados analógicamente, guarden a su vez relación de semejanza con otros, y éstos con otros, y así (teóricamente) in infinitum. Hay, además, otro factor de indeterminación: el constante nacimiento de nuevas rationes de semejanza originadas en el cambio de la «realidad social del tiempo en que (la norma) ha de ser aplicada», lo que puede abrir insólitas direcciones a la integración analógica. De este modo, el juicio sobre lo incompleto de un precepto desde el punto de vista de su posible expansión analógica, es casi un juicio infinito.

Afirma el Abogado del Estado que en el caso que nos ocupa, el Juez a quo cree que la causa de abstención -y recusación- del art. 219.10 L.O.P.J. debe aplicarse también a un nuevo supuesto (haber fallado la causa en la misma instancia) que juzga semejante a los expresamente previstos en el precepto. La Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana ha rechazado la propuesta de analogía. Hay, pues, un conflicto de opinión entre dos órganos del Poder Judicial que, mediante la cuestión, se pretende que este Tribunal resuelva. Expresado lo mismo, desde otro punto de vista, se pretende que este Tribunal juzgue lo fundamentado o no de la analogía propuesta desde el punto de vista del derecho al juez imparcial (art. 24.2 C.E.). Si el Tribunal acepta que la decisión de semejante punto puede encauzarse mediante una cuestión de inconstitucionalidad, habrá dejado propiamente de ser juez de leyes para convertirse en juez de una operación perteneciente a la ejecución judicial de las leyes, a saber, la expansión o integración analógica. Esto último, sin duda, entra dentro de la jurisdicción del Tribunal, pero a través del recurso de amparo, no de la cuestión de inconstitucionalidad. Según el art. 27.1 LOTC, la función del Tribunal en los procedimientos declarativos de inconstitucionalidad es garantizar la primacía de la Constitución enjuiciando la conformidad o disconformidad a ella de las leyes y disposiciones o actos con fuerza de Ley. Desbordaría los límites institucionales peculiares de los procedimientos declarativos de inconstitucionalidad el decidir si una determinada expansión analógica de un precepto -propuesta por un Juez o Tribunal- está más o menos justificada constitucionalmente en virtud de un derecho fundamental protegido por el amparo constitucional. La cuestión de inconstitucionalidad no puede servir para que el Tribunal Constitucional se convierta en Juez de analogías propuestas por Jueces y Tribunales, pues en tal caso no podría realizar adecuadamente su cometido de enjuiciar la conformidad de las leyes con la Constitución; es decir: el Tribunal no podría trazar los contornos constitucionales de los preceptos «incompletos» de un modo razonablemente estable y seguro.

Hace referencia seguidamente el Abogado del Estado a determinada jurisprudencia de este Tribunal en cuya virtud el mismo no debe pronunciarse sobre el uso que los órganos judiciales hagan de la integración analógica (STC 209/1988) si bien esta formulación general conoce excepciones, como cuando se trata de favorecer la efectividad de los derechos fundamentales, que puede justificar y aun obligar a una Integración analógica, por ejemplo para «rectificar un trato discriminatorio» (SSTC 109/1988 y 103/1990, esas dos Sentencias dictadas en recurso de amparo). El recurso de amparo, según el Abogado del Estado, es el proceso constitucional más idóneo para controlar, a título de excepción, las operaciones judiciales de integración analógica.

Hace referencia el representante del Gobierno a otra serle de razones en apoyo del recuso de súplica. Concretamente, que ni la más flexible interpretación del término «fallo» puede persuadir de que el procedimiento en el que el Juez de lo Penal se abstuvo «excusándose de celebrar vista oral», estuviese concluso como exige el art. 35.2 LOTC, ya que el art. 221.3 de la L.O.P.J. dispone que la negativa de la Sala de Gobierno a conformarse con la abstención no perjudica «el derecho de las partes a hacer valer la recusación». Puesto que el Juez a quo hace reposar la supuesta inconstitucionalidad en la vulneración del derecho fundamental al Juez Imparcial, la conclusión del procedimiento exigía esperar a que las partes se resolvieran. a ejercer o no el derecho a recusar como vía para hacer valer su derecho al Juez imparcial. La cuestión podría haber sido planteada antes de fallar el incidente de recusación, quedando aún la posibilidad del amparo constitucional si la recusación se denegara y la supuesta lesión no hubiera sido reparada en la vía judicial. Este razonamiento no sólo demuestra, según la Abogacía del Estado, la falta de otra condición procesal de la cuestión, sino que además hace visible de nuevo que es el recurso de amparo, y no la cuestión de inconstitucionalidad, el proceso constitucional más adecuado para enjuiciar si el art. 219. 10 L.O.P.J. debe o no aplicarse analógicamente al supuesto controvertido por imponerlo así el derecho al Juez imparcial basado en el art. 24.2 C.E.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Unico. Dos argumentos ofrecen los recurrentes para. postular la inadmisión de la cuestión: La inexistencia de objeto real de ésta y la inadecuación del momento procesal para proponerla.

El segundo de estos argumentos, ya expuesto en los antecedentes, se apoya sobre todo en la consideración de que el Juez debió esperar al menos a que se produjese su recusación para proponer la cuestión antes de resolver sobre ésta. Sin duda, esto hubiera sido posible, pero del hecho de que así sea no cabe concluir que haya de juzgarse inadecuado el momento elegido por el Juez de lo Penal, pues aunque abstención y recusación tengan, en su caso, como resultado propio el de apartar al juzgador del conocimiento del asunto, tampoco son la misma institución, siendo distinta la regulación que de una y otra contiene los arts. 220 y siguientes de la L.O.P.J.

En lo que toca al primero de los argumentos, todo el razonamiento se basa en la premisa de que este Tribunal controla sólo preceptos, no normas, y se desarrolla sobre el supuesto de una diferencia de naturaleza esencial entre el recurso de amparo y la cuestión de inconstitucionalidad. La premisa, basada en algunas afirmaciones de la STC 11/1981 es, realmente, errónea. Este Tribunal (salvo en el recurso de inconstitucionalidad) conoce de la validez o invalidez de las normas que se han aplicado o se han de aplicar en un caso concreto. Por esto, y frente a lo que se supone, no hay ninguna diferencia esencial entre cuestión y recurso de amparo; tanto aquélla como éste se dirigen contra - o sobre- un acto de aplicación concreta de la Ley.

No cabe sostener que la cuestión sea notoriamente infundada por el hecho de que el auto de planteamiento no contenga razonamientos que permitan concluir que los motivos de recusación y abstención del precepto cuestionado sean inconstitucionales, ya que la duda se suscita realmente por la posible colisión del art. 219.10 L.O.P.J. con el art. 24.2 C.E. en la medida en la que ese precepto no autorice también, por vía de interpretación analógica la abstención del Juez que anteriormente ha fallado la causa interpretación analógica en la misma instancia.

Es cierto que el Auto de planteamiento tacha de inconstitucionalidad dicho precepto de la L.O.P.J. por reputarlo incompleto, pero las razones que fundamentan tal afirmación tienen como referencia la negativa de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia a acceder a la petición de abstención, formulada por el Juez de lo Penal con apoyo en una interpretación analógica y extensiva del art. 219.10 L.O.P.J., de modo que el objeto real de la cuestión es la interpretación que el Tribunal Superior de Justicia ha hecho de tal precepto.

ACUERDA

Por lo expuesto, el Pleno acuerda desestimar el recurso de súplica interpuesto contra la providencia de admisión a trámite de la presente cuestión de inconstitucionalidad. Se concede un nuevo plazo de quince días al Fiscal General del Estado y al Abogado

del Estado para que puedan presentar las alegaciones que estimen oportunas.

Madrid, a siete de mayo de mil novecientos noventa y uno.