|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 13/2008 |
| Fecha | de 16 de enero de 2008 |
| 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 Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez y don Pablo Pérez Tremps. |
| Núm. de registro | 7945-2007 |
| Asunto | Cuestión de inconstitucionalidad 7945-2007 |
| Fallo | Inadmitir la presente cuestión de inconstitucionalidad. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. Con fecha 10 de octubre de 2007 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal un escrito del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Las Palmas de Gran Canaria, al que se acompaña, junto con el testimonio del juicio rápido núm. 28-2007, el Auto de 3 de septiembre de 2007, por el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 148.1.4 (según la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género) del Código penal, por su posible contradicción con el art. 14 CE.

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

a) Con fecha 21 de mayo de 2007 el Juzgado de Instrucción núm. 8 de San Bartolomé de Tirajana dictó Auto acordando la incoación de diligencias urgentes para el enjuiciamiento rápido (núm. 169-2007), de conformidad con lo dispuesto en el art. 797 LECrim, al apreciar que los hechos referidos en el atestado remitido por la Guardia Civil podrían ser constitutivos de alguno de los delitos a los que se refiere el art. 795.1 LECrim.

b) Tras oír a las partes y al Ministerio Fiscal en comparecencia de 21 de mayo de 2007, según lo previsto en el art. 798.1 LECrim, el Juez de Instrucción dictó Auto en forma oral acordando, en primer lugar, continuar el procedimiento por los trámites previstos en los arts. 800 y siguientes LECrim. Asimismo, una vez concedida nueva audiencia al Fiscal y a las partes, acordó la apertura del Juicio oral contra don Francisco Javier Sánchez Monzón, por un presunto delito de maltrato familiar.

c) El Ministerio Fiscal presentó en el mismo acto escrito de acusación contra doña Obdulia Cassandra Herrera López y contra don Francisco Javier Sánchez Monzón, considerando los hechos constitutivos de un delito de lesiones del art. 147.1 CP en cuanto a la primera, y de un delito de lesiones previsto y penado en el art. 148.1.4º CP en cuanto al segundo.

d) Recibidas las actuaciones en el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Las Palmas de Gran Canaria, éste dictó Auto con fecha 25 de mayo de 2007, declarando pertinentes las pruebas propuestas por la acusación y la defensa, y ratificando el señalamiento del juicio oral para el 28 de mayo de 2007.

e) Abierta la sesión del juicio oral, el titular del Juzgado acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad, resolviendo, tras oír a las partes y al Ministerio Fiscal, suspender el acto. Por providencia del mismo 28 de mayo de 2007, se confiere a las partes y al Ministerio Fiscal un plazo común de tres días para que aleguen lo que a su derecho convenga “respecto a la cuestión de inconstitucionalidad del art. 148.1-4º del Código penal”.

f) El Ministerio Fiscal, en escrito de 1 de junio de 2007, señala que la providencia no indica cuáles son los preceptos de la Constitución con los que entraría en contradicción el cuestionado, lo que le impide cumplir su función e informar de acuerdo con lo solicitado por el Juzgador en tanto no se precise ese extremo.

Por providencia de 6 de junio de 2007, el Juzgado acuerda dar traslado nuevamente al Ministerio público para que alegue sobre la posible vulneración del art. 14 CE, en tanto se solicita la imposición a los acusados de penas distintas por los mismos hechos. No se produce igual ampliación para las partes personadas.

La representación procesal del acusado Sr. Sánchez Monzón presentó escrito de alegaciones con fecha 8 de junio de 2007, estimando pertinente el planteamiento de la cuestión.

En escrito de 15 de junio de 2007, la representación de la Sra. Herrera López manifiesta su disconformidad con la providencia de 28 de mayo de 2007, denunciando que no se citan los preceptos constitucionales que resultan vulnerados, lo que le impide realizar una adecuada réplica. Esta queja no recibe respuesta alguna por parte del Juzgado.

Por su parte, el Ministerio Fiscal formula sus alegaciones en escrito de 19 de junio de 2007, oponiéndose al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, al no quedar acreditada la existencia de dudas razonables suficientes para su promoción.

g) Mediante Auto de 3 de septiembre de 2007, el titular del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Las Palmas de Gran Canaria acordó plantear la presente cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 148.1.4 CP.

3. La fundamentación del Auto de 3 de septiembre de 2007 se abre con una exposición de los antecedentes del proceso a raíz del cual se ha suscitado la cuestión, para referirse a continuación a los requisitos procesales del planteamiento de la misma. En especial, se incide sobre la justificación de que dicho planteamiento haya tenido lugar no obstante no haberse celebrado el juicio, argumentando que resulta admisible en atención a la calificación realizada por el Fiscal y por las acusaciones particulares, pues 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.

A continuación, el órgano judicial hace referencia a la incompatibilidad de los términos “discriminación” y “positiva”, y, aun siendo consciente de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de octubre de 1995 y de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el particular, sostiene que el límite de la acción positiva no puede ser otro que la restauración del equilibrio, sin que pueda conducir a un desequilibrio inverso por exceso. En el caso presente, el art. 148.1.4 CP aplica un régimen punitivo a determinados comportamientos que, siendo objetivamente los mismos, se sancionan más gravemente por razón de ser el sujeto activo hombre, esto es, por razones relativas al sexo del autor y no por la mayor gravedad del injusto. Así, la elevación de la pena para el delito de violencia de género tiene lugar exclusivamente cuando el sujeto activo del mismo sea hombre y cuando el sujeto pasivo fuere o hubiere sido esposa o mujer que estuviese o hubiere estado ligada al autor. De esta forma, la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2004 no ampara a todas las víctimas de “violencia machista” ni a todas las víctimas de la “violencia doméstica”, produciéndose defectos de protección integral que siempre han de ser puestos de manifiesto.

A juicio del Juzgado, en consecuencia, la inconstitucionalidad surge por definir los sujetos activo y pasivo del delito por razón del sexo, al margen del comportamiento objetivamente realizado, y no por justificar adecuadamente el tratamiento punitivo. Ello supone una frontal vulneración del principio de igualdad del art. 14 CE que no puede justificarse objetivamente al amparo de la doctrina de la discriminación positiva tolerable, de difícil encaje en la tutela penal, encontrándonos de esta forma ante una discriminación negativa del hombre incompatible con la Constitución.

Razona el Auto de planteamiento de la cuestión que, a pesar de reconocer el loable fin al que responde la reforma, tal fin debe alcanzarse desde el respeto a la Constitución, y, sin embargo, se dispensa un tratamiento penológico diferente al agresor en función de su sexo, siendo así que el individuo debe ser castigado por atentar a un bien jurídico protegido que el Derecho y la sociedad claman por proteger, pero no por razón de su sexo. Establecer un trato punitivo distinto para dos personas, tengan la nacionalidad, la raza o el sexo que tengan, es discriminar, cuando el hecho penal, el ilícito, es el mismo, sin que exista justificación para esa discriminación.

A mayor abundamiento, se pone de relieve que la previsión legal incide en la ejecución de la pena a imponer, impidiendo la pena prevista en el art. 148.1.4 la aplicabilidad del art. 88 sobre la sustitución de la pena, al tiempo que hace prácticamente imposible la suspensión de la ejecución al amparo de los arts. 81 y siguientes. Y de nuevo, este diferente trato incide en la vulneración del derecho a la igualdad, porque no sólo todos los delincuentes no recibirán idéntica pena por los mismos hechos, sino que tampoco podrán acogerse a las mismas modalidades de extinción de la responsabilidad criminal.

4. Mediante providencia de 6 de noviembre de 2007, la Sección Cuarta de este Tribunal acordó, a los efectos que determina el art. 37.1 LOTC, oír al Fiscal General del Estado para que, en el plazo de diez días, alegara lo que considerase conveniente acerca de la admisibilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad, en relación con la posible falta de cumplimiento de los requisitos procesales exigidos en el art. 35 LOTC.

5. Con fecha 3 de diciembre de 2007, tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el escrito de alegaciones del Fiscal General del Estado, en el que solicitó la inadmisión de la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Tras una pormenorizada exposición de los antecedentes procesales del caso, el Fiscal General del Estado, con cita del ATC 370/2007 —en relación con la doctrina sobre la audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal—, señala que la providencia por la que se abrió el trámite de audiencia a las partes, además de una inexplicada reducción del plazo legalmente previsto para dicho trámite, se limitó a mencionar el precepto de cuya constitucionalidad se dudaba sin hacer alusión alguna a las normas constitucionales que el Juez estimaba podían ser vulneradas por aquél. Tal deficiencia fue puesta de manifiesto por el Ministerio Fiscal y el Juez procedió a dictar nueva providencia en la que acordó dar nuevo traslado al Ministerio público, indicando cuál era el precepto constitucional de posible vulneración y la causa de ello, pero tal providencia sólo confirió nuevo traslado al Fiscal y no al resto de las partes procesales, que cumplimentaron el trámite con base en la primitiva providencia de 28 de mayo de 2007, lo que motivó la protesta de una de ellas y que la otra entendiese como de posible vulneración, además del art. 14 CE, otra serie de artículos de la Constitución que el Magistrado promotor de la cuestión no consideraba vulnerados. Todo ello motiva, a juicio del Fiscal General del Estado, que el trámite de audiencia no se haya realizado de conformidad con las previsiones legales.

Por otra parte, y con transcripción de la doctrina sentada en el ATC 298/2005, FJ 2, advierte el Fiscal General del Estado que la cuestión de inconstitucionalidad se plantea sin que se haya celebrado el juicio oral, cuya vista se suspendió con carácter previo para plantear la cuestión, sin que se pueda asumir el razonamiento del Magistrado-Juez promotor de la cuestión, pues en el propio ATC a que se refiere se recoge una doctrina contraria a la tesis sustentada por él sobre la posibilidad de planteamiento de la cuestión antes de celebrarse el plenario en el proceso penal. Así, se afirma que antes de dicho momento no pueden estimarse acreditados los hechos acaecidos, ni la participación de los imputados en los mismos, ni la concurrencia de posibles circunstancias eximentes de la responsabilidad criminal, especialmente en un supuesto en el que las partes implicadas se imputaban recíprocamente la agresión y alegaban una mera actuación defensiva, dándose además la circunstancia de que la aplicación del precepto que se cuestiona es meramente opcional, siendo factible que, tras el plenario, pudiese solicitarse por las acusaciones una tipificación igual para ambos contendientes. En suma, entiende el Fiscal General del Estado que, frente a lo afirmado por el órgano judicial, la ulterior tramitación del proceso es absolutamente imprescindible para determinar la aplicabilidad de la norma penal cuestionada. Por consiguiente, no concurre otra de las condiciones procesales exigidas en el art. 35.2 LOTC, esto es, la referida a la temporaneidad de su planteamiento.

Por todo ello, el Fiscal General del Estado entiende que la cuestión debe ser inadmitida por incumplimiento de los requisitos procesales.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. El Juzgado de lo Penal núm. 2 de Las Palmas de Gran Canaria promueve cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 148.1.4 del Código penal (según la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género), por su posible contradicción con el art. 14 CE.

El Fiscal General del Estado ha entendido que la presente cuestión de inconstitucionalidad ha de inadmitirse, por el incumplimiento de las condiciones procesales exigidas por el art. 35 LOTC.

2. Ha de darse la razón al Fiscal General del Estado en cuanto a que las deficiencias en las que ha incurrido el órgano judicial promotor de la cuestión de inconstitucionalidad determinan que no haya satisfecho en debida forma lo dispuesto en el art. 35 LOTC.

En efecto, en primer lugar, el planteamiento de la cuestión se ha realizado prematuramente, pues, según se reconoce en el propio Auto de 3 de septiembre de 2007, la cuestión se promueve antes de que el procedimiento se encontrara concluso para dictar sentencia, decidiendo el Juzgador su tramitación al inicio del juicio oral, sin que éste haya llegado a celebrarse en su integridad. Tal forma de actuar resulta contraria a las previsiones del art. 35.2 LOTC —no modificado en los extremos que aquí nos interesan por la reforma introducida en la LOTC por Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo— según el cual 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.

Como se señala en el ATC 103/2004, de 13 de abril, este Tribunal ha efectuado una aplicación flexible de dicho requisito procesal en casos excepcionales tanto por razones de economía procesal como para 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”. Sin embargo, esta posibilidad excepcional ha quedado 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 pudiera 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 norma cuestionada tenga una incidencia anticipada e irreversible en el propio proceso en curso (SSTC 8/1982, de 4 de marzo, FJ 1; 186/1990, de 15 de noviembre, FJ 2; 234/1997, de 18 de diciembre, FJ 2; y AATC 121/1990, de 13 de marzo, FJ 2; 47/1994, de 8 de febrero, FJ 1; 236/1998, de 10 de noviembre, FFJJ 1 y 2, y 103/2004, de 13 de abril, FJ 2).

El órgano judicial ha justificado la decisión de plantear la cuestión en ese momento inicial con el argumento de que, atendidas las calificaciones realizadas por el Fiscal y por las acusaciones particulares, la posterior tramitación del proceso hasta el momento de dictar sentencia no aportaría ningún elemento adicional sobre la aplicabilidad del precepto cuestionado ni sobre su efecto determinante del fallo. Pues bien, dicho razonamiento no puede ser admitido, porque, como ha señalado este Tribunal, entre otros, en el ATC 238/2002, de 26 de noviembre, FJ 4, entre los supuestos excepcionales que permiten el planteamiento anticipado de la cuestión de inconstitucionalidad, cuando de preceptos legales de naturaleza sustantiva se trate, no cabe incluir el prescindir del juicio oral “pues resulta contrario a la más elemental comprensión del proceso penal acorde con las garantías constitucionales que lo informan sostener que la celebración del mismo “no puede aportar ningún elemento adicional de juicio sobre la aplicabilidad de la norma legal cuestionada ni sobre su efecto determinante del fallo”. Hay que tener en cuenta que el juicio oral es el eje de todo el proceso penal porque es en él donde las partes traban el debate contradictorio ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar Sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcanza en contacto directo con las razones y los medios probatorios aportados (entre otras muchas, SSTC 161/1990, de 19 de octubre, FJ 2; 40/1997, de 27 de febrero, FJ 2, y 188/2002, de 14 de octubre, FJ 2). Y, precisamente, esta posición central del juicio oral en el desarrollo del proceso penal “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 238/2002).

Por consiguiente, no resulta admisible que el órgano judicial formule un juicio de aplicabilidad y relevancia de la norma legal de cuya constitucionalidad dice dudar antes de que se desarrolle el instante estelar del juicio oral: en ese momento procesal la identificación de la norma penal es meramente provisional y, en todo caso, no está acreditada la participación en los hechos de los encausados, por lo que aún no puede afirmarse que el precepto legal cuestionado sea de aplicación y determinante para el sentido del fallo. Y es que todavía 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.

En consecuencia, debemos concluir que el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad no cumple el presupuesto de formulación en el momento procesal idóneo, dado que aún no se halla concluso el procedimiento penal, y el completo desarrollo del juicio oral puede aportar datos y revelar circunstancias que sean decisivos para la aplicabilidad al caso del precepto penal cuestionado, conforme a la doctrina constitucional antes expuesta y a lo exigido por el art. 35.2 LOTC. Por tanto, la presente cuestión de inconstitucionalidad debe ser inadmitida por no haberse planteado en un momento procesal en el que quepa entender satisfecho el requisito establecido en el art. 35.2, en relación con el art. 35.1 LOTC.

3. Por otra parte, se aprecia igualmente que el trámite de audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal, previsto en el art. 35.2 LOTC, no se ha desarrollado correctamente. En efecto, en la providencia por la que se acordó oír al Ministerio Fiscal y a las partes sobre la procedencia de plantear la cuestión, el órgano judicial, aparte de reducir a tres días, sin justificación alguna, el plazo de diez días previsto legalmente a tal efecto, acordó darles traslado para alegar “respecto a la cuestión de inconstitucionalidad del art. 148.1-4º del Código penal”, pero sin expresar cuáles serían los preceptos constitucionales que, a su juicio, podría vulnerar aquél. Pues bien, la realización del trámite de audiencia en tales términos no cumple los requisitos que le son constitucionalmente exigibles, porque difícilmente puede satisfacer las dos funciones que, de acuerdo con una constante jurisprudencia constitucional, le son inherentes: de un lado, garantizar una efectiva y real audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal ante una posible decisión de tanta entidad como es el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad (STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 4); y, de otro, poner a disposición del órgano judicial un medio que le permita conocer la opinión de los sujetos interesados en el procedimiento a quo con el fin de facilitar su reflexión sobre la conveniencia o no de proceder a la apertura de dicho proceso (ATC 188/2006, de 6 de junio).

Como tiene declarado este Tribunal, en el trámite de audiencia contemplado en el art. 35.2 LOTC resulta inexcusable que el órgano judicial identifique tanto el precepto o los preceptos de cuya constitucionalidad se dude, como las normas de la Constitución que se consideren vulneradas (por todos, AATC 29/2003, de 28 de enero, FJ único; y 96/2004, de 23 de marzo, FJ 2), y no cabe admitir que pueda desarrollarse en cualesquiera términos, pues ello equivaldría a minimizar su importancia, reduciéndola a un simple trámite carente de más trascendencia que la de su obligatoria concesión. Por tal razón, este Tribunal ha considerado reiteradamente que una carencia de tal naturaleza en la providencia que concede el trámite de audiencia constituye una omisión de suficiente entidad como para determinar la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad (STC 224/2006, de 6 de julio, FFJJ 4 y 5; AATC 199/2001, de 4 de julio, 102/2003, de 25 de marzo, 226/2003, de 1 de julio, 308 a 311/2004, de 20 de julio, 56/2006, de 15 de febrero, y 188/2006, de 6 de junio).

Bien es cierto que el Ministerio Fiscal presentó un escrito quejándose por la insuficiencia de la providencia por la que se le había dado audiencia, lo que motivó que el Juzgado, con fecha 6 de junio de 2007, acordara darle traslado nuevamente para que pudiera alegar “sobre la posible vulneración del art. 14 de la Constitución, en tanto se solicita la imposición a los acusados de penas distintas por los mismos hechos”. No obstante, esta actuación no subsana totalmente la insuficiencia de la providencia por la que se concedió la audiencia, pues, como advierte el Fiscal General del Estado, ese nuevo traslado sólo se concedió al Ministerio público, y no al resto de la partes, ni siquiera a la representación de la Sra. Herrera López, que también presentó escrito denunciando que en la referida providencia no se citaban los artículos de la Constitución que resultarían vulnerados, por lo que no podía realizar una adecuada oposición al planteamiento de la cuestión. Dado que el órgano judicial no le aclaró a la parte el extremo planteado, este Tribunal debe seguir manteniendo su reproche en cuanto a la forma en que se ha practicado el trámite de audiencia a que se refiere el art. 35.2 LOTC.

En virtud de todo lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

Inadmitir la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Madrid, a dieciséis de enero de dos mil ocho.