|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 360/2006 |
| Fecha | de 10 de octubre de 2006 |
| Sala | Pleno |
| Magistrados | Doña María Emilia Casas Baamonde, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, don Roberto García-Calvo y Montiel, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps. |
| Núm. de registro | 5864-2006 |
| Asunto | Cuestión de inconstitucionalidad 5864-2006 |
| Fallo | Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad núm. 5864-2006 planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Orihuela (juicio oral núm. 491-2005). |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. El día 31 de mayo de 2006 tuvieron entrada da en el Registro General de este Tribunal las actuaciones procedentes del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Orihuela (juicio oral núm. 491- 2005), en las que consta el Auto del mismo órgano judicial, de 28 de abril de 2006, en el que se plantea la cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 153.1 y 2 del Código Penal, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, por vulneración del principio de igualdad y de proporcionalidad penal.

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

a) En el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Orihuela se sigue juicio oral núm. 491-2005 contra doña Inger-Lill Tangen por un presunto delito de malos tratos cometido contra su compañero sentimental, don Kjell Reinhardtsen, el día 5 de junio de 2005. El día 17 de noviembre de 2005 se celebró el acto del juicio oral. El Ministerio Fiscal elevó sus conclusiones provisionales a definitivas, considerando a la acusada autora criminalmente responsable de un delito de maltrato del art. 153.2 CP, interesando la imposición de una pena de 6 meses de prisión, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante ese tiempo, y la privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante 1 año y 1 día. La acusación particular hizo suyas las anteriores pretensiones y la defensa se mostró conforme. El indicado Juzgado no visó, empero, la conformidad y, en el mismo acto, anunció el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad “sobre el art. 153.2” CP.

b) El 12 de diciembre de 2005, el citado órgano judicial dictó providencia de conformidad con lo dispuesto en el art. 35.2 LOTC, dando traslado a las partes para que pudieran alegar sobre el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad respecto “al art. 153.2 del Código Penal, introducido por el art. 37, parágrafo primero de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género”, por si el mismo pudiera vulnerar “el art. 14 de la Constitución que consagra el principio de igualdad, así como el principio de proporcionalidad de la pena que establece la Constitución, en concreto sus arts. 17.1, 9.3 y 25.”

La indicada resolución justificaba dicha consulta por considerar “que el citado precepto procede a definir el sujeto activo y pasivo del delito de maltrato, por razón del sexo exclusivamente, al margen del comportamiento objetivamente realizado y por no justificar adecuadamente el tratamiento punitivo del tipo cuando el sujeto pasivo no es mujer, en el seno de una relación o fuera de ella. Sin que resulte clara la motivación para hechos cometidos por el mismo sujeto activo del art. 153.1, pero respecto de un sujeto pasivo hombre. En cuanto a la vulneración del principio de proporcionalidad, por abocar necesariamente a unas penas diferentes en función del sujeto pasivo que recibe la acción.”

c) El Letrado de la defensa, con fecha 22 de diciembre de 2005, manifestó no tener “nada que alegar respecto de la cuestión de inconstitucionalidad planteada más allá de las consideraciones de S.Sª.”

d) El Ministerio Fiscal evacuó el trámite conferido por escrito de 17 de febrero de 2006, manifestando su postura contraria al planteamiento de la cuestión por estimar que no se aprecia apariencia alguna de contradicción entre el art. 153.2 CP y el ordenamiento constitucional, con base en la Circular 4/2005, en la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que ha legitimado las acciones de discriminación positiva, entre otras razones.

e) Finalmente la presente cuestión de inconstitucionalidad se elevó mediante Auto de 28 de abril de 2006.

3. El mencionado Auto de 28 de abril de 2006 plantea cuestión de inconstitucionalidad del art. 153, apartados primero y segundo, del Código Penal, en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (LOVG, en lo sucesivo), por su posible contradicción con los arts. 14, 17.1, 9.3, y 25 de la Constitución, es decir, por la eventual vulneración del derecho a la igualdad y del principio de proporcionalidad de la pena.

El Juzgador duda porque se ha producido: “una discriminación positiva —y por consecuencia negativa, como se verá— por razón de sexo en el Código Penal”. La LOVG introduce una discriminación positiva a favor de la mujer olvidando la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de octubre de 1995, y la doctrina de este Tribunal (SSTC 128/1987, 229/1992 y 109/1993), ‘que ha señalado reiteradamente que, en cuanto que positiva, no vulnera en modo alguno el principio de igualdad.’

Razona que el límite de la acción positiva es ‘la restauración del equilibrio’, sin que pueda conducir a ‘un desequilibrio inverso por exceso.’ Rechaza que la acción positiva pueda plantearse a través de medidas de naturaleza punitiva.

El Auto también alude a la discriminación negativa, en los siguientes términos: ‘Es consecuencia de la situación anterior (de la discriminación positiva), y sin duda existente en el art. 153.1 en relación con el art. 153.2 CP. Con ella se trata de aplicar 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—, en el art. 153.1 respecto del parágrafo siguiente, y no por la mayor gravedad del injusto, lo que nos lleva a criterios penales que habría que entender superados.’

Cuestiona ‘la admisibilidad del uso de figuras que se hacen patentes en el caso del art. 153.1 CP, donde se consagra una consecuencia inversa a la buscada. Así, entiende el legislador que también en el campo penal es necesaria la ‘acción positiva’, pues bien: 1) Uno de los pilares de justificación de la ‘acción positiva’ es la existencia de ‘bienes jurídicos escasos’, que colocan a la parte desfavorecida en una situación de casi indefensión. La Ley Orgánica 1/2004 nace en un contexto en el que la protección de la víctima de la violencia doméstica lleva constituyendo un objetivo principal de la política criminal, luego no nace en un escenario de escasez de medidas, sino de una pluralidad de iniciativas legislativas ya en vigor —en especial la Ley 23/2003. 2) Se eleva la pena para el delito de violencia de género, exclusivamente cuando el sujeto activo del mismo sea hombre —con la relación concreta que fija el artículo—, y cuando el sujeto pasivo fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviese o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, por lo que sólo pueden ser cometidos por el hombre. 3) Se reduce el límite de la pena cuando el sujeto pasivo, comprendido en el ámbito del art. 173.2, no está señalado en el art. 153.1 … La inconstitucionalidad surge por definir el sujeto activo y pasivo del delito por razón del sexo, al margen del comportamiento objetivamente realizado y por no justificar adecuadamente el tratamiento punitivo. Ese modo de proceder, que ante un mismo comportamiento objetivo es tipificado como delito con mayor o menor pena en función de ser el sujeto activo hombre o mujer 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, pues se trata de proteger a la mujer a costa de restringir la libertad del hombre ya que a mayor rigor punitivo, mayor restricción de la libertad. Estamos ante una discriminación —negativa— del hombre incompatible con la Constitución.”

Y, con relación a la vulneración del principio de proporcionalidad, afirma: “es desproporcionado que la misma conducta se sancione de tal manera que, en función de las circunstancias del caso, el acusado, hombre, se enfrente a una pena de prisión … por haberse declarado probada la existencia de una agresión a una mujer con la que mantenga una concreta relación ya prevista, cuando ese mismo acusado, si fuere mujer que tuviere relación distinta con la mujer, u hombre con relación diferente, tendría una sanción más leve … se llega al resultado entiendo que indeseable de que la víctima mujer cuya protección se pretende la verá modificada en función de que el agresor sea su pareja … De otro lado parece haber una leve discriminación cuando la víctima es hombre en función de una relación homosexual.”

4. Mediante providencia de 20 de junio de 2006, la Sección Tercera de este Tribunal acordó, a los efectos del art. 37.1 LOTC, oír al Fiscal General del Estado para que alegara lo que considerara conveniente sobre la admisibilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad, “en relación con el cumplimiento de los requisitos procesales (art. 35.2 LOTC)”.

5. El Fiscal General del Estado, mediante escrito registrado en este Tribunal con fecha 13 de julio de 2004, evacuó el trámite conferido.

Tras una pormenorizada exposición de los antecedentes procesales, el Fiscal General del Estado inicia la fundamentación jurídica de sus alegaciones reproduciendo el FJ 2º del ATC 13/2006, de 17 de enero, para, a continuación, constatar que: «en la providencia de fecha 12 de diciembre de 2005, por la que se abrió el trámite de audiencia a las partes, se señaló como precepto cuestionado el art. 153.2 CP, sin embargo en el auto de planteamiento de 28 de abril de 2006, se cuestiona además el núm. 1 del art. 153 CP sobre el que no se abrió el trámite de audiencia y cuya aplicación no había sido solicitad(a) por ninguna de las partes procesales, y de cuya validez no depende el fallo, por lo que además del defectuoso planteamiento del trámite de audiencia respecto de dicho precepto, falta el juicio de relevancia.» Además, pone de manifiesto que: «para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad es requisito ineludible que exista una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo, norma de cuya constitucionalidad dude el Juez o Tribunal (art. 35.1 LOTC). Y en el presente supuesto tal requisito no concurre. En efecto la norma de cuya constitucionalidad se duda fue introducida por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. BOE 313/2004, de 29 de diciembre y concretamente por su art. 37 que figura en el Título IV de la Ley. Título rubricado: “Tutela Penal”. La disposición final séptima de dicha ley referida a la entrada en vigor es del siguiente tenor literal: “La presente Ley Orgánica entrará en vigor a los treinta días de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”, salvo lo dispuesto en los Títulos IV y V, que lo hará a los seis meses”. Los hechos, que eran objeto de enjuiciamiento en el proceso, de que dimana la presente cuestión, acaecieron el día 5 de junio de 2005, por lo que no era aplicable al caso, salvo que se justifique su carácter de norma más beneficiosa, extremo del que se omite todo razonamiento en el auto de planteamiento, que se contrae a combatir la disparidad de trato punitivo en los delitos de maltrato introducida en la Ley Orgánica 1/2004, disparidad inexistente en la legislación precedente y de aplicación a los hechos enjuiciados en el proceso subyacente.»

A la vista de lo expuesto, se interesa la inadmisión liminar de la presente cuestión de inconstitucionalidad por incumplimiento de los requisitos procesales.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Según se ha expuesto con mayor detalle en los antecedentes de esta resolución, el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Orihuela plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 153.1 y 2 CP, en su redacción dada por el art. 37 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (LOVG), pues tales son las normas legales concretamente mencionados en el Auto de planteamiento. Sin embargo, esta cuestión de inconstitucionalidad no satisface los requisitos procesales exigibles para su admisión, como seguidamente se expone.

2. Como recuerda el ATC 25/2003, de 28 de enero, FJ 3:

“Conviene comenzar señalando que ya desde a STC 17/1981, de 1 de junio, FJ 2, hemos puesto de manifiesto que “la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (art. 37.1) abre la posibilidad de rechazar en trámite de admisión ... la cuestión de inconstitucionalidad cuando faltaren las condiciones procesales o la cuestión misma fuere notoriamente infundada” (STC 6/1991, de 15 de enero, FJ2). En este sentido, hay que considerar que también tenemos declarado que a diferencia del recurso de inconstitucionalidad, “que sólo puede ser iniciado por los órganos que enumeran los arts. 161.1 de la Constitución y 32 LOTC, y sólo dentro del plazo que fija el art. 33 de la misma, la cuestión de inconstitucionalidad puede ser planteada por cualquier órgano judicial (art. 163 de la Constitución y 35.1 LOTC) sea cual sea la fecha de entrada en vigor de la norma legal cuestionada. Esta mayor amplitud relativa de la cuestión de inconstitucionalidad no la convierte, sin embargo, ni en un instrumento procesal que quepa utilizar para transferir al Tribunal Constitucional la decisión de litigios concretos ... ni, menos aún, para buscar a través suyo una depuración abstracta del ordenamiento, que normalmente debe ser obra del legislador ordinario ... la cuestión de inconstitucionalidad no es una acción concedida para impugnar de modo directo y con carácter abstracto la validez de la ley, sino un instrumento puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la Ley y a la Constitución”, de modo que resulta necesario “extremar las garantías destinadas a impedir que esta vía procesal, resulte desvirtuada por un uso no acomodado a su naturaleza, como sería, por ejemplo, el de utilizarla para obtener pronunciamientos innecesarios o indiferentes para la decisión del proceso en el que la cuestión se suscita” (STC 17/1981, FJ 1).

El llamado juicio de relevancia, constituye uno de los requisitos esenciales para la procedibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad, por cuanto, a través del mismo, se garantiza el control concreto de la constitucionalidad de la ley, impidiendo que el órgano judicial convierta en control abstracto lo que está constitucionalmente previsto que sea un control que se ejerce sólo con ocasión de la decisión jurisdiccional sobre un supuesto concreto, pues para realizar aquel tipo de control, como antes advertimos, carece de legitimación. Pues bien, dicho juicio de relevancia “ha sido definido por este Tribunal como el esquema argumental dirigido a probar que el fallo del proceso judicial depende de la validez de la norma cuestionada (por todos, ATC 93/1999, de 13 de abril, FJ 3 y las resoluciones allí mencionadas)” (ATC 21/22001, de 31 de enero, FJ 1) y constituye una de las condiciones esenciales de procedibilidad de la cuestión, pues, en la medida que garantiza una interrelación necesaria (STC 28/1997, de 13 de febrero, FJ 3) entre el fallo del proceso a quo y la validez de la norma cuestionada, asegura la realización efectiva del antedicho control concreto de la constitucionalidad de la Ley.

Es claro que la formulación del juicio de relevancia lleva implícita como paso previo la realización del juicio de aplicabilidad, esto es, la explicitación del precepto o preceptos aplicables al caso y de cuya constitucionalidad el órgano judicial duda, pues sólo una vez que han sido concretados dichos preceptos puede aquél exteriorizar el expresado nexo entre su validez y el fallo que debería recaer.”

3. Sentado lo anterior, en el presente caso el Auto de promoción de la cuestión de inconstitucionalidad no ha cumplimentado correctamente estos presupuestos procesales debido a que el precepto legal de cuya constitucionalidad duda —el art. 153.1 y 2, “en redacción dada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre”— no era de aplicación al haber entrado dicha norma en vigor con posterioridad a la realización del acto punible pendiente del fallo del Juzgado a quo.

En efecto, en primer lugar, conviene subrayar que la disposición final séptima (rubricada “entrada en vigor”) de la citada LOVG dispone: “La presente Ley Orgánica entrará en vigor a los treinta días de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», salvo lo dispuesto en los títulos IV y V, que lo hará a los seis meses.” La indicada Ley se publicó en el B.O.E. núm. 313, de 29 de diciembre de 2004, y la norma ahora cuestionada —el art. 153.1 y 2 del CP— fue introducida por el art. 37 (“Protección contra los malos tratos”), del título IV (“Tutela penal”), de la mencionada Ley Orgánica. Su entrada en vigor tuvo, pues, lugar el día 29 de junio de 2005.

En segundo y último lugar, el hecho punible que ha dado lugar a la actual cuestión sucedió el día 5 de junio de 2005. Así se obtiene pacíficamente de la mera lectura de las actuaciones, en otros muchos (cabría citar los folios 4, 7, 9, 12, 18, 19, 30), del folio 18, en el que consta la denuncia de la víctima de los malos tratos, de fecha 13 de junio de 2005, que indica que los hechos ocurrieron el día 5 de dicho mes; y del folio 30, que contiene la hoja de urgencias del Hospital Vega de Orihuela, de 5 de junio de 2005, en la que se relatan la lesiones padecidas por la víctima.

Es, pues, un hecho evidente que la versión del precepto invocado por todas las partes en el acto del juicio oral (el art. 153.2 CP), y ahora cuestionado por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Orihuela, no era de aplicación al haber entrado en vigor con posterioridad a la comisión del hecho punible. Y, como recuerda el Fiscal General del Estado, el Juzgado proponente de la presente cuestión en nada se ha referido al posible problema de la aplicación retroactiva de la norma jurídica más favorable, al centrar la cuestión en combatir la disparidad de trato punitivo en los delitos de maltrato introducida por la Ley Orgánica 1/2004; disparidad inexistente en la legislación anterior (vide la redacción dada al art. 153 CP por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre), amén de que, como ya se ha indicado, la única norma invocada por todas las partes en la causa fue el apartado segundo del art. 153 CP en su versión de la Ley Orgánica 1/2004 (nótese que la parte acusada era una mujer y que la víctima de los malos tratos era un hombre), precepto que prevé la misma pena a imponer que la regulada en la versión de la norma entonces en vigor y aplicable al caso, esto es, la dada por el art. 1.7 de la indicada Ley Orgánica 11/2003.

En la medida que el Auto cuestiona la constitucionalidad de preceptos inaplicables al caso concreto, se ha realizado una errónea formulación del juicio de aplicabilidad. Ello tiene como consecuencia que la fundamentación de los motivos de inconstitucionalidad en que incurrirían las disposiciones cuestionadas se construye de modo abstracto, puesto que la decisión del proceso en nada depende de la validez de la norma de cuya constitucionalidad se duda, al ser ésta inaplicable, por no vigente. Se incumple, así, un presupuesto esencial para que podamos pronunciarnos sobre las disposiciones que se someten a nuestro juicio en esta cuestión de inconstitucionalidad.

Por lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad núm. 5864-2006 planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Orihuela (juicio oral núm. 491-2005).

Madrid, a diez de octubre de dos mil seis.