|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 136/2006 |
| Fecha | de 4 de abril de 2006 |
| 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 Roberto García-Calvo y Montiel, 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 | 9334-2005 |
| Asunto | Cuestión de inconstitucionalidad 9334-2005 |
| Fallo | Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. El 21 de diciembre de 2005 se registró en este Tribunal Constitucional un escrito del Juzgado de Instrucción núm. 24 de Madrid, del día 16 anterior, al que se acompaña Auto del mismo órgano jurisdiccional, de esa misma fecha, por el que se plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 620.2 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.

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

a) En el juicio de faltas núm. 948-2005, tramitado por el Juzgado de Instrucción núm. 24 de Madrid en virtud de la denuncia interpuesta por don Nicolás Martín Oliveira contra doña Yolanda Madrid Martínez, tuvo lugar la celebración del acto de vista oral el 5 de octubre de 2005.

b) El siguiente día 6 ese mismo órgano judicial dictó providencia dando traslado a las partes para que pudieran alegar sobre el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad en relación con “el art. 620.1-2, 2 y 3 del Código Penal en su redacción conforme a la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre por si el mismo pudiera vulnerar el principio de proporcionalidad respecto a la redacción dada en el art. 172.2 del Código Penal”.

c) El Ministerio Fiscal evacuó el trámite conferido por escrito de 26 de octubre de 2005, manifestando su postura contraria al planteamiento de la cuestión porque “el juzgador lo que plantea en realidad es la posibilidad de interponer la cuestión de inconstitucionalidad de un precepto, el art. 172-2 C P, que no es aplicable al caso, si bien lo hace torticera y fraudulentamente refiriéndose a la posible inconstitucionalidad del art. 620-2 C P, que es el que resulta aplicable” y que, por otra parte, “en ningún caso vulnera precepto constitucional alguno y que ha sido objeto de aplicación en innumerables ocasiones por este juzgado”.

d) El Letrado de la defensa postuló, con fecha 4 de noviembre de 2005, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

e) Finalmente la presente cuestión de inconstitucionalidad se elevó mediante Auto de 16 de diciembre de 2005.

3. En el Auto de planteamiento se parte de la premisa de que el Derecho penal protege a personas a través de la sanción de conductas y no a sexos, correspondiendo al Tribunal Constitucional la misión de velar por los derechos y libertades públicas, “incluso desenmascarando ‘formales’ formulaciones legales que encubren graves discriminaciones”, entre éstas se encontraría la Ley Orgánica 1/2004, que cuando penetra en el campo del Derecho penal cae en la discriminación contra los hombres. Continúa su exposición el órgano judicial señalando que no es exportable al Derecho penal la doctrina de la llamada discriminación positiva. También hace hincapié en la relevancia que en este sector del ordenamiento tiene el principio de personalidad de la pena. Conectado con ello se hace referencia a la concepción del Derecho penal como un Derecho que sanciona acciones o hechos (Derecho penal del hecho) y no actitudes o conductas sobre la personalidad o la pertenencia a un grupo (Derecho penal de autor).

Para el órgano judicial promotor de la cuestión, “castigar una misma acción (coaccionar) en todo caso y siempre como delito si se realiza sobre una persona de un sexo (femenino) y como falta, si es del sexo contrario (masculino), es discriminatorio, y contrario al principio de igualdad del art. 14 de la Constitución Española, e igualmente lo es castigar la misma acción (maltratar o amenazar) siempre como delito, pero imponer más pena a la hecha sobre la mujer (sin mayor fundamento ni explicación concreta) que a la hecha sobre el hombre (sobre cualquier hombre sin mayor explicación ni fundamento concreto)”. Esta discriminación no se sana por la frecuencia delictiva, que no hace de suyo más graves las conductas individuales.

Según se afirma en el Auto, “establecer un trato punitivo distinto (así desde la perspectiva del autor sujeto activo, como desde la de la víctima sujeto pasivo) diferente a dos personas, tengan la nacionalidad, la raza o en este caso el sexo que tengan, es discriminar, cuando el hecho penal, el ilícito (en el caso que nos ocupa, el cambio de cerradura inconsentida del ex domicilio conyugal) es el mismo”. Así se pondría de manifiesto al contrastar lo dispuesto en el art. 172.2 CP, para el delito, con lo establecido en el art. 620.2 del mismo texto legal, para las faltas. “La diferencia entre ambos, ya que no de la acción (cambio de cerradura) ni estriba en que ambos son personas o seres humanos, ni en que estén o hayan estado ligados por matrimonio o relación afectiva análoga, sino sólo en que tienen una cosa que no pueden elegir y que no influye en la determinación de la culpabilidad, que es que tienen sexo distinto, y a ello ilógica y discriminatoriamente el legislador anuda penas significativamente diferentes y por lo tanto desproporcionadas (contrariando el art. 25 CE y en lo que es excesivo el 24 CE)”. Finalmente se relacionan con cierto pormenor los motivos por los cuales se duda de la conformidad del art. 620.2 CP con el principio de proporcionalidad, por ir contra los arts. 9.2, 9.3, 17.1, 24.2, 25 y 53 CE, el derecho a la igualdad, por ser contrario a los arts. 9.2 y 3 y 14 CE, la dignidad de la persona, respecto del art. 10 CE y la presunción de inocencia proclamada en el art. 24.2 CE.

4. Mediante providencia de 15 de febrero de 2006 la Sección Segunda de este Tribunal acordó oír al Fiscal General del Estado para que, en el plazo de diez días, alegase lo que estimara conveniente acerca de la admisibilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad, por si fuese notoriamente infundada.

5. Con fecha 9 de marzo de 2006 el Fiscal General del Estado formuló alegaciones en las que interesa la inadmisión de la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Tras una exhaustiva exposición de los antecedentes procesales se apunta que las dudas de constitucionalidad del juzgador no se cifran en puridad en el art. 620 CP, sino en otro distinto, el art. 172.2 CP, que en ningún caso podría ser aplicado por un Magistrado Juez de Instrucción en un juicio de faltas que aparece, por ello, ajeno al proceso en el que la cuestión se suscita. Además el Magistrado promotor de la cuestión se limita a discrepar de la penalidad prevista en este precepto legal, de imposible aplicación al caso, y lo hace desde una perspectiva que, por su generalidad, prescinde de la regulación legal vigente. Sobre este último extremo se detiene con cierto detalle el Fiscal General del Estado.

En suma, ni se formula reproche alguno al art. 620 CP, ni los que se dirigen contra el art. 172.2 CP tienen sustento. Por lo demás, en la hipótesis de que el Tribunal Constitucional estimase que la diferencia punitiva es contraria al ordenamiento constitucional y, por lo tanto, se dejaran sin efecto los artículos del Código Penal que la contemplan, en el presente supuesto ello carecería de toda trascendencia, pues en tal caso el art. 620 CP no podría sufrir modificación alguna, sancionándose conforme al mismo las conductas de los hombres que tuvieran o hubieran tenido una relación conyugal o análoga en punto a afectividad con la víctima. Tampoco incidiría en el caso de autor, por no ser ésa la tipificación vigente en el momento de producirse los hechos y vedarlo así el art. 25.1 CE.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Según se ha expuesto con mayor detalle en los antecedentes de esta resolución, el Juzgado de Instrucción núm. 24 de Madrid plantea cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 620.2 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. Esta cuestión de inconstitucionalidad debe ser inadmitida por resultar notoriamente infundada.

2. Al respecto hemos de partir de la reiterada consideración de la cuestión de inconstitucionalidad como un delicado instrumento procesal que permite la colaboración entre órganos judiciales y jurisdicción constitucional para cumplir el mandato de asegurar la supremacía de la Constitución mediante la depuración del Ordenamiento jurídico a través de la expulsión de éste de las normas con fuerza de ley contrarias a aquélla (ATC 367/2003, de 13 de noviembre, FJ 4 y las numerosas resoluciones allí citadas). A fin de cumplir adecuadamente este propósito, el art. 37.1 LOTC permite a este Tribunal rechazar en trámite de admisión, mediante Auto y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado, aquellas cuestiones cuando no se satisfagan las condiciones procesales establecidas en los arts. 163 CE y 35 LOTC o que resulten “notoriamente infundadas”.

En relación con la última expresión, este Tribunal Constitucional tiene dicho que “encierra un cierto grado de indefinición que se traduce procesalmente en otorgar a este Tribunal un margen de apreciación a la hora de controlar la solidez de la fundamentación de las cuestiones de inconstitucionalidad (AATC 165/2001, de 19 de junio, FJ 2; 194/2001, de 4 de julio, FJ 1 y 76/2004, de 9 de marzo, FJ 3, entre otros muchos). También debe ponerse de relieve que este Tribunal ha considerado notoriamente infundadas, no sólo las cuestiones de inconstitucionalidad que carecen de toda motivación, sino también aquellas en las que el órgano judicial ha efectuado una interpretación del precepto legal cuestionado arbitraria o irrazonable o simplemente que se aparta de la comúnmente realizada por los Tribunales de Justicia, así como las que el Tribunal considera a limine inviables. Como ha señalado el ATC 165/2001, ‘existen supuestos en los que un examen preliminar de las cuestiones de inconstitucionalidad permite apreciar la falta de viabilidad de la cuestión suscitada, sin que ello signifique, necesariamente, que carezca de forma total y absoluta de fundamentación o que ésta resulte arbitraria’ y en tales supuestos el Tribunal ha entendido que puede resultar conveniente resolver la cuestión en la primera fase procesal, máxime si su admisión pudiera provocar efectos no deseables, como la paralización de múltiples procesos en los que resulte aplicable la norma cuestionada” (AATC 332/2005, de 13 de septiembre, FJ 2, y 10/2006 y 11/2006, de 17 de enero, FJ 3).

3. En este caso lo que se plantea es un juicio de proporcionalidad a la inversa, es decir, supuesto el tratamiento desigual entre los dos sexos y sostenido el carácter discriminatorio de esa igualdad, se postula la reparación de la lesión del art. 14 CE mediante la elevación del castigo dispensado a las mujeres.

Sin embargo conviene recordar que la cuestión de inconstitucionalidad es un mecanismo de control concreto de constitucionalidad y que tiene que versar sobre un precepto legal concreto de cuya aplicación dependa el fallo que hayan de pronunciar los órganos judiciales. Aquí, para el órgano judicial el art. 620.2 del Código penal (CP) es inconstitucional porque discrimina entre el hombre y la mujer. Sin embargo, dicha conclusión se asienta sobre una comparación no entre eventuales sujetos activos del ilícito sino entre el precepto cuestionado y el tenor del art. 172.2 CP. Este tipo de razonamiento es más propio de un control abstracto de constitucionalidad que de uno concreto, como el que ahora nos ocupa.

En efecto, adviértase que el órgano judicial no ha cuestionado el precepto por la insuficiencia de la protección penal dispensada a un bien jurídico constitucionalmente relevante, sino porque puede conducir a eventuales resultados discriminatorios al compararlo con el ya citado art. 172.2 CP. Pues bien, la hipotética estimación de la presente cuestión carecería de incidencia alguna en el proceso a quo, al menos en los términos en que se ha planteado la cuestión, dado que o bien la norma de cuya constitucionalidad se duda, el art. 620.2 CP, sería expulsada del ordenamiento jurídico, por lo que la conducta quedaría impune, en contra de la propia tesis del Juez a quo, o bien la declaración de inconstitucionalidad podría no llevar aparejada la nulidad. En este caso la conducta seguiría siendo penada conforme a lo establecido en el art. 620.2 CP, por aplicación, como acertadamente apunta el Fiscal General del Estado, de los principios lex praevia y lex certa.

En cuanto a la falta de proporcionalidad, vulneración de la dignidad de la persona y presunción de inocencia, derecho fundamental este último cuya conculcación por el art. 620.2 CP en ningún momento se razona, se trata de distintas perspectivas desde la que se reitera la denuncia de discriminación contraria al art. 14 CE. Por consiguiente, carecen de sustantividad propia para alterar las conclusiones antes alcanzadas, que determinan la inadmisión de la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Por lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Madrid, a cuatro de abril de dos mil seis.