|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 236/1998 |
| Fecha | de 10 de noviembre de 1998 |
| Sala | Pleno |
| Magistrados | Don Álvaro Rodríguez Bereijo, don José Gabaldón López, don Fernando García-Mon y González-Regueral, don José Vicente Gimeno Sendra, don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio D. González Campos, don Pedro Cruz Villalón, don Carles Viver Pi-Sunyer, don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, don Tomás Salvador Vives Antón, don Pablo García Manzano y don Pablo Cachón Villar. |
| Núm. de registro | 3479-1997 |
| Asunto | Cuestión de inconstitucionalidad 3.479/1997 |
| Fallo | En su virtud, el Pleno acuerda inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 7 de Valencia, en relación con la Disposición adicional decimoctava, apartado primero, de la Ley 46/1985, de 27 de diciembre, de  Presupuestos Generales del Estado para 1986. |

**AUTO**

**I. Antecedentes**

1. El Juzgado de lo Penal núm. 7 de Valencia, mediante Auto dictado el 19 de julio de 1997, en el procedimiento abreviado núm. 200/92, seguido por un presunto delito de contrabando continuado, planteó cuestión de inconstitucionalidad sobre el apartado primero de la Disposición adicional decimoctava de la Ley 46/1985, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1986, por la posible infracción del art., 8 1, en relación con los 9.3 y 25, de la Constitución, así como el art. 134 también de la Norma fundamental.

2. Los antecedentes de hecho del planteamiento de la referida cuestión son, en síntesis, los siguientes:

a) Con fecha 21 de octubre de 199 1, el Juzgado de Instrucción núm. 17 de Valencia dictó Auto autorizando la entrada y registro de una vivienda, que dio lugar a la incoación de las diligencias previas núm. 3.972/91 seguidas ante aquel Juzgado.

b) Por Auto de 1 de diciembre de 1992, se acordó seguir la tramitación del procedimiento abreviado núm. 200/92, presentándose por el Ministerio Fiscal el correspondiente escrito de acusación el día 19 de diciembre de 1995.

c) Recibido en el Juzgado de lo Penal núm. 7 de Valencia las actuaciones anteriormente reseñadas se registraron como procedimiento abreviado núm. 119/97, señalándose fecha y hora para la celebración del juicio oral. Tras la lectura de los escritos de acusación y defensa, y dentro del trámite de alegaciones previas previsto en el art. 793.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante L.E.Crim.), la defensa suscitó la posible inconstitucionalidad de la norma ahora cuestionada, por lo que se acordó la suspensión del juicio oral, dictándose por el titular del Juzgado providencia de 24 de junio de 1997, en virtud de la cual, y conforme a lo dispuesto en el art. 35.2 LOTC, se abría un plazo común e improrrogable de diez días para oír a las partes y al Ministerio Fiscal sobre la procedencia o no de plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

d) Las representaciones de los acusados manifestaron su conformidad acerca del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por infracción del principio de legalidad y por exceder el precepto cuestionado del contenido propio de las Leyes de presupuestos.

e) Por Auto de 19 de julio de 1997, el Juzgado de lo Penal núm. 7 de Valencia acordó promover cuestión de inconstitucionalidad en relación con el citado apartado primero de la Disposición adicional decimoctava de la Ley 56/1985, de 27 de diciembre, y elevarla al Tribunal Constitucional, con testimonio de las actuaciones y de las alegaciones evacuadas al respecto.

3. En el Auto de planteamiento se argumenta en esencia lo siguiente:

a) El órgano judicial se plantea en primer lugar la pertinencia del momento en que pretende plantear la cuestión de inconstitucionalidad, toda vez que conforme al art. 35.2 LOTC, sólo podrá plantearse la cuestión «una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar Sentencia», siendo evidente que la cuestión de inconstitucionalidad se promueve, en el presente caso, antes de haberse alcanzado el mencionado momento procesal. Sin embargo, se razona que con arreglo a la propia doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 8/1982 y 25/1984) es posible la admisión a trámite de cuestiones de inconstitucionalidad promovidas en momentos anteriores a la conclusión del juicio, pues si la Sentencia depende de la constitucionalidad del precepto discutido «es difícilmente concebible que la tramitación pendiente pudiera afectar de alguna forma al objeto de tal cuestión, cuya resolución configura como previa a cualquier continuación del proceso, ya que viene a incidir en los presupuestos esenciales del mismo». En atención a esta doctrina, procede plantear cuestión de inconstitucionalidad.

b) La Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio, de contrabando vigente al tiempo de acaecer los hechos denunciados, remite expresamente a la Ley 46/1985, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1986, la tipificación de la conducta punible, estableciéndose una pena privativa de libertad. Más concretamente, el núm. 1 de la Disposición adicional decimoctava, a la que venimos haciendo referencia, estima prohibida la circulación, comercio tenencia o producción de billetes, boletos, sellos, cartones, resguardos, máquinas o cualquier otro elemento, incluso técnico 0 informático, que constituya soporte en la práctica de juegos de azar, sorteos, loterías, rifas, tómbola, quinielas, combinaciones aleatorias y, en general, todas aquellas actividades en las que se arriesgan cantidades de dinero. La realización de cualquiera de esas actividades es considerada, de este modo, delito de contrabando que, como tal, conlleva la imposición de una pena privativa de libertad, vulnerándose, mediante esa revisión normativa, el principio de legalidad reconocido en el art. 81 en relación con los arts. 9.3 y 25, todos ellos de la Constitución, que exige que las normas tipificadoras de un delito y las que determine la pena aplicable tengan, en todo caso, rango de Ley Orgánica. En el presente supuesto, nos encontramos con un delito que tiene prevista como pena principal la de privación de libertad, lo que requiere que los elementos esenciales del tipo y de la pena vengan establecidos por Ley Orgánica (SSTC 140/1986 y 160/1986) y no en una Ley, como la que aprueba anualmente los Presupuestos Generales del Estado, cuya naturaleza es discutida y cuyo contenido y procedimiento reviste una forma predeterminada según se deduce del art. 134 de la Constitución.

4. Por providencia de 29 de septiembre de 1998, la Sección Segunda, a los efectos que determina el último inciso del art. 37.1 LOTC, acordó oír al Fiscal general del Estado para que en el plazo de diez días alegase lo que estimase procedente. acerca de la admisibilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad, en virtud de: a) Que la resolución por la que se da audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal no ha fijado con suficiente precisión los preceptos constitucionales y los motivos de la duda de constitucionalidad, y b) que la cuestión planteada carece de las necesarias condiciones procesales, por haberse suscitado en momento procesal inidóneo, atendido lo preceptuado en el art. 35.2 LOTC

5. El día 22 de octubre de 1998 el Fiscal general del Estado presentó su escrito de alegaciones. Tras exponer sucintamente los antecedentes procesales de la cuestión planteada, advierte acerca de la necesidad de comenzar su examen por la segunda de las posibles causas de inadmisibilidad señaladas en la providencia de 29 de septiembre de 1998, es decir: si el momento procesal en que se ha abierto el trámite del art. 35.2 LOTC es el oportuno, puesto que de este presupuesto procesal depende la propia viabilidad de la cuestión, hasta el punto de que la inadmisión por este motivo determinaría que la misma no pudiese plantearse hasta el momento procesal pertinente.

El titular del Juzgado de lo Penal núm. 7 de Valencia estima que el momento procesal para promover la cuestión es el oportuno, por considerar previa la determinación de la constitucionalidad de la norma sustantiva aplicable. Es cierto que el Tribunal Constitucional ha precisado que la expresión utilizada en el art. 35 LOTC ha de entenderse referida al momento en que ha de hacerse aplicación de la norma cuestionada, entre otras razones, porque dicha norma puede ser una Ley procesal y afectar a momentos anteriores al de la conclusión del proceso previo a dictar Sentencia. Ahora bien, esta interpretación no puede ser tan flexible que implique un incumplimiento práctico de lo previsto en el propio art. 35 LOTC y en el art. 163 C.E. En este sentido, interesa recordar que el trámite del art. 793.2 L.E.Crim. prevé la posibilidad de formular alegaciones en relación con «la competencia del órgano judicial, vulneración de algún derecho fundamental, existencia de artículos de previo pronunciamiento, causas de suspensión del juicio oral, así como sobre el contenido y finalidad de las pruebas propuestas o que se propongan para practicarse el acto», estableciéndose que el Juez o Tribunal resolverá en el mismo acto lo procedente. Aunque no esté expresamente previsto, no parece que exista impedimento alguno para que las partes puedan, suscitar en ese trámite la posible inconstitucionalidad de la norma penal que tipifica los hechos enjuiciados. Ahora bien, ello no significa el cumplimiento obligado de lo dispuesto en el segundo apartado que hemos transcrito. En este sentido, obligado es señalar que el Juzgado de lo Penal no puede en ningún caso suspender las sesiones del juicio oral y proceder al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, pues, en esta fase procesal la identificación de la norma por la que se tipifican los hechos supuestamente delictivos, aparte de ser provisional, constituye una pretensión cuya estimación exige la prueba de los hechos imputados; prueba que será la practicada en el juicio oral salvo aquellos casos excepcionales en los que exista prueba preconstituida, exigiéndose en todo caso que se acredite la participación de los acusados. Sólo en ese momento, esto es, cuando el Juez de lo Penal considere que exista prueba de cargo, podrá afirmarse que se ha de hacer aplicación de la norma pretendidamente constitucional y, en consecuencia, podrá promoverse la cuestión de inconstitucionalidad. En definitiva, en un caso como el presente, el momento procesal oportuno para plantear la cuestión coincide con la literalidad del art. 35.2 LOTC.

Aunque la inadmisión por este motivo excusaría del deber de abordar la concurrencia de la primera de las posibles causas de inadmisión, consistente en la falta de precisión de los preceptos constitucionales y los motivos que fundamentan la duda de constitucionalidad, parece pertinente efectuar alguna consideración al respecto. Habida cuenta de que la exigencia de los requisitos formales en el trámite de planteamiento de la cuestión obedece a razones teleológicas, considera el Fiscal general del Estado que las peculiaridades del presente asunto justifican los defectos de identificación tanto de la norma cuestionada como de los preceptos constitucionales con los que habría de confrontarse aquélla. Al respecto, y aun constatando las deficiencias de la providencia que dio lugar a la apertura del trámite del art. 35.2 LOTC, es lo cierto que la cuestión de inconstitucionalidad se suscitó a petición de las defensas, por lo que en modo alguno existió falta de información a la hora de presentar los correspondientes escritos (le alegaciones. En virtud de cuanto antecede, se concluye interesando la inadmisión de la presente cuestión de inconstitucionalidad.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Desde la STC 17/1981 (fundamento jurídico 1.º), es doctrina reiterada y constante de este Tribunal aquella en la que se afirma que la cuestión de inconstitucionalidad no es una acción configurada para impugnar de modo directo y con carácter abstracto la validez de una 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. No existe, pues, cuestión sin proceso judicial previo en el que la duda de constitucionalidad se produzca como consecuencia inmediata de la necesidad de aplicar una norma legal de cuya validez depende el fallo. Se comprende, así, la importancia que reviste la observancia de los requisitos que tanto el art. 35.2 LOTC como el art. 163 de la Constitución imponen en relación con la admisión de las cuestiones de inconstitucionalidad, así como, paralelamente, el rigor que debe informar la correspondiente verificación de los mismos por parte del Tribunal Constitucional (por todas, STC 94/1986, fundamento jurídico 2.º). Fiscalización cuyo objeto es precisamente 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).

Entre esos requisitos que condicionan la admisión a trámite de la cuestión, figura el del momento hábil para su planteamiento, pues con arreglo al art. 35.2 LOTC, el órgano judicial «sólo podrá plantear la cuestión una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar Sentencia».

Ciertamente, a partir de la STC 8/1982, este Tribunal ha admitido, en relación con determinados supuestos, una aplicación flexible de este requisito, mediante una interpretación finalista (STC 110/1993), de tal modo que, aunque procesalmente no pudiese considerarse concluso el proceso a quo, de dicha circunstancia no se sigue necesariamente que el planteamiento de la cuestión sea prematuro. Ahora bien, como recientemente hemos recordado -ATC 203/1998 fundamento jurídico 1.º-, esa posibilidad «queda limitada, como regla general, a Leyes procesales y 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 la 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 (SSTC 54/1983, 25/1984, 186/1990, 76/1992, 110/1993 y 234/1997; en el mismo sentido, AATC 121/1990, 60/1991 y 92/1991)».

2. En el asunto que ahora nos ocupa, es evidente que la duda sobre la constitucionalidad del apartado primero de la Disposición adicional decimoctava de la Ley 46/1985, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1986, no se ha suscitado «en el plazo para dictar Sentencia», conforme a lo preceptuado por el art. 35.2 LOTC, sino en el denominado trámite de audiencia preliminar, previsto en el art. 793.2 L.E.Crim., con el que se inicia la fase de juicio oral en el procedimiento abreviado. El Juzgado de lo Penal proponente argumenta, en punto a la idoneidad procesal de ese momento para proceder al planteamiento de la cuestión, que la tipificación penal de los hechos denunciados se fundamenta exclusivamente en la norma constitucionalmente cuestionada, y que el propio art. 793.2 L.E.Crim. permite resolver, antes de entrar en la práctica de la prueba propuesta y admitida para el juicio oral, aquellas cuestiones que afecten a algún derecho fundamental, como en este caso lo sería el derecho a la legalidad penal.

El anterior razonamiento no puede, sin embargo, ser acogido para supuestos como el ahora examinado. En efecto, como acertadamente señala el Ministerio Fiscal, no parece que exista obstáculo alguno para que las partes puedan, en el trámite previsto por el art. 793.2 L.E.Crim., manifestar sus reparos acerca de la constitucionalidad de la norma penal que tipifica los hechos denunciados y que pretendidamente les podría ser aplicada. Ahora bien, no es menos cierto que en ese momento procesal la identificación de la norma penal es meramente provisional y que, en todo caso, no está acreditada la participación en los hechos de los encausados, por lo que todavía no puede afirmarse que el precepto legal cuestionado sea de aplicación y determinante para el sentido del fallo.

Debe, por tanto, concluirse que el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, concerniente a si el precepto legal en que se contiene la tipificación delictiva respeta o no el principio de legalidad penal (art. 25.1 C.E.), efectuado, como en el caso examinado, en el trámite de la audiencia preliminar del proceso penal abreviado (art. 793.2 L.E.Crim.), no cumple el presupuesto procesal de formulación en el momento procesal idóneo, dado que aún no se halla concluso el procedimiento penal, y la fase subsiguiente del juicio oral puede aportar datos y revelar circunstancias que sean decisivos para la aplicabilidad al caso del precepto tipificador cuestionado, conforme a la doctrina constitucional antes expuesta y a lo exigido por el art. 35.2 LOTC. Ello, claro es, con independencia de que una vez finalizado el proceso penal y en vista de las pruebas practicadas en el juicio oral, si el juzgador estimase aplicable la norma penal que tipifica la conducta delictiva y de la misma dependiera el fallo a dictar en la causa, puede suscitar ante este Tribunal, mediante el correspondiente Auto, la duda de constitucionalidad que alberga sobre la referida norma penal.

3. Al no proceder en el indicado sentido el Juzgado de lo Penal núm. 7 de Valencia, se incumple uno de los presupuestos formales exigidos por el art. 35.2 LOTC para promover eficazmente la presente cuestión de inconstitucionalidad, lo que conduce a declarar su inadmisión, conforme a lo establecido en el art. 37.1 LOTC.

ACUERDA

En su virtud, el Pleno acuerda inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 7 de Valencia, en relación con la Disposición adicional decimoctava, apartado primero, de la Ley 46/1985, de 27 de diciembre, de

Presupuestos Generales del Estado para 1986.

Madrid, a diez de noviembre de mil novecientos noventa y ocho.