|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 333/2005 |
| Fecha | de 13 de septiembre de 2005 |
| 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 | 3516-2005 |
| Asunto | Cuestión de inconstitucionalidad 3516-2005 |
| Fallo | Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. El 17 de mayo de 2005 se registró en este Tribunal Constitucional un escrito de la Audiencia Provincial (Sección Segunda) de Tarragona, fechado el anterior día 6, al que se acompaña Auto del mismo órgano jurisdiccional por el que se plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 268 del Código Penal por considerarlo contrario a los arts. 9, 14 y 24 CE.

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

a) Mediante escrito de 29 de enero de 2004 don Jorge Querol Castillo formuló querella criminal contra doña Sandra Gorres González, imputándole la comisión de un delito de apropiación indebida.

b) La mencionada querella fue admitida por Auto del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Tortosa de 2 de febrero de 2004, incoándose las oportunas diligencias previas.

c) Por Auto de 26 de abril de 2004 se acordó el archivo de las actuaciones al apreciarse la concurrencia de la excusa absolutoria prevista en el art. 268 CP, aplicada extensivamente a la convivencia more uxorio.

d) El 4 de mayo de 2004 el querellante interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación contra el archivo de las actuaciones. La querellada se opuso a dicho recurso.

e) Mediante nuevo Auto de 15 de junio de 2004 se desestimó el recurso de reforma por los mismos argumentos de la resolución impugnada, “añadiendo, tal y como pone de relieve el Ministerio Público en su informe, que la cuenta bancaria en la que se hicieron los reintegros por la querellada es de titularidad y disponibilidad indistinta, como reconoce el querellante en su querella, hecho primero, y acredita con el documento núm. 1 que acompaña, lo que hace reforzar aún más la parte dispositiva del Auto de veintiseis de abril de dos mil cuatro ahora recurrido”.

f) El 21 de junio de 2004 la representación procesal del querellante formuló alegaciones en el recurso de apelación, que fueron contestadas por la querellada el 12 de julio de 2004.

g) Con fecha 16 de noviembre de 2004 la Audiencia Provincial (Sección Segunda) de Tarragona acordó, mediante providencia, dar traslado a las partes y al Ministerio Fiscal para que alegaran lo que estimasen oportuno sobre el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 268 CP por “posible infracción del principio de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9 CE), el principio de legalidad (art. 25 CE) y el derecho a la igualdad ante la Ley (art. 14 CE), por la no inclusión de las parejas de hecho en el ámbito aplicativo de la causa de exención de pena o excusa absolutoria referida”.

h) La apelada manifestó su opinión favorable al planteamiento de la cuestión el 30 de noviembre de 2004, en tanto que se opuso el querellante por escrito de 9 de diciembre de 2004. El Ministerio Fiscal presentó escrito de 21 de diciembre de 2004, señalando que la cuestión “está bien planteada (juicio de relevancia)”, al tiempo que indicaba que “no entramos a valorar en este trámite si las situaciones de matrimonio y convivencia son equivalentes desde el punto de vista de aplicabilidad de la excusa absolutoria del art. 268 del C.P., valoración que en todo caso corresponde formular a la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional”.

i) Finalmente, por Auto de 3 de enero de 2005, el órgano judicial acordó elevar la presente cuestión de inconstitucionalidad.

3. En la fundamentación jurídica del Auto se examina, en primer lugar, la “relevancia constitucional del planteamiento de la cuestión”, y sólo después la “relevancia procesal y procedibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad”.

Comenzando por el segundo de estos aspectos, interesa señalar que el órgano judicial hace referencia al momento de planteamiento de la cuestión, señalando que “al tratarse de una cuestión en la que se ventila la decisión de crisis del proceso adoptada por el instructor en cuanto clausura del procedimiento, la Sala ha considerado necesario el planteamiento de la cuestión con carácter previo a la decisión que ha de tomar, pues nos enfrentamos a la revisión de una decisión de sobreseimiento de la causa que materialmente goza de los efectos de una sentencia absolutoria”.

Pasando ya al fondo de la cuestión cabe indicar que, a juicio del órgano judicial, la visión estática que el legislador tiene respecto de la excusa absolutoria del art. 268 CP, concretada en la no inclusión de las uniones en las que exista “análoga relación de afectividad”, colisiona con diversos preceptos constitucionales. Concretamente menciona los arts. 9.2, 9.3, 14 y 24 CE, “así como el principio de legalidad que consagra el artículo 25 de nuestro texto constitucional”.

Como premisa del desarrollo de esta idea se parte de la imposibilidad de acomodar por via interpretativa, lo dispuesto en el precepto legal a los mandatos recogidos en esos preceptos constitucionales, toda vez que, como expresa la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, las excusas absolutorias “las establece la Ley por motivos de política criminal y en cuanto normas de privilegio no admiten interpretaciones extensivas a hechos distintos, a situaciones diferentes o a otras personas que las expresamente recogidas en el texto legal”. Lo que le lleva a afirmar que la no inclusión en el contorno descriptivo del art. 268 CP de las uniones de hecho es una opción consciente del legislador y, por tanto, de existir discriminación normativa constitucionalmente relevante sólo el Tribunal Constitucional podría repararla.

Tras recordar la doctrina constitucional acerca del derecho fundamental a la igualdad ante la Ley, que no impide las diferencias de trato que cuenten con una justificación objetiva y razonable, asevera el órgano judicial que “la cuestión que planteamos es la única posibilidad viable de dar solución a una realidad social cada vez más extendida e imperante que reclama en nuestra opinión igualdad de trato al no encontrar justificación alguna para que tal equiparación no pueda y deba tener lugar”.

Sobre el particular, y tras evocar la doctrina establecida en las SSTC 184/1990 y 222/1992, se apunta que resoluciones de diversas instancias judiciales han venido defendiendo la equiparación de trato cuando exista identidad sustancial acudiendo a criterios de interpretación de las normas conforme a la realidad social. Esta equiparación entre matrimonios y uniones de hecho no existe en el art. 268 CP, cuya constitucionalidad no se cuestiona por lo que dice sino por lo que omite.

Insistiendo en que el estándar de igualdad reclama siempre de la presencia de un elemento de relación o comparación, señala el órgano judicial que “se ha ido ampliando, rozando incluso para algunos sectores problemas de taxatividad penal, los supuestos o ámbitos personales en los que resultan de aplicación los tipos penales relativos a lo que ha convenido en llamarse ‘violencia de género’, amparada tal equiparación en la necesidad de proteger y preservar la integridad física y moral de quien la sufre como en la propia protección del núcleo familiar, que llega a extenderse incluso a los supuestos en los que ya ha cesado la convivencia. Se extiende dicha equiparación a supuestos como el encubrimiento del art. 454 o la agravante mixta de parentesco del art. 23 del Código Penal, si bien de manera poco justificada no se ven exentos de la obligación de testificar (art. 416 CP). Se proyectan reformas legislativas tendentes a la total equiparación de las uniones, homosexuales y heterosexuales, extendiendo el concepto de matrimonio con independencia del sexo de los contrayentes; se ha avanzado desde tiempo atrás en reformas fundamentalmente civiles tendentes a posibilitar el mismo trato a parejas de hecho y los cónyuges en la medida en que exista identidad sustancial entendida como régimen de vida en común, y sin embargo por razones incomprensibles no se extiende la excusa absolutoria del art. 268 aun existiendo igual substrato fáctico legitimador de su aplicación, excusa que implica una causa de exclusión de la pena con la opción por la vía civil como mecanismo de más adecuada solución”.

El órgano judicial no adivina la razón de política criminal que ampara “tan dispar e incomprensible desigualdad de trato ante la Ley, máxime cuando aquí el elemento institucional descansa o toma por referencia los lazos afectivos y no singularidades derivadas de la figura jurídica del matrimonio”. Consecuentemente, sostiene que nos encontramos ante una opción legislativa diferenciadora por omisión que contraviene los arts. 9, 14 y 24 CE.

4. Mediante providencia de 7 de junio de 2005 la Sección Tercera de este Tribunal acordó, al amparo de lo dispuesto en el art. 37.1 LOTC, oír al Fiscal General del Estado para que, en el plazo de diez días, alegase lo que considerara conveniente acerca de la admisibilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad, por posible incumplimiento de los requisitos procesales y por si pudiese ser notoriamente infundada.

5. El escrito de alegaciones del Fiscal General del Estado se presentó en este Tribunal el 24 de junio de 2005. Seguidamente se exponen las razones en virtud de las cuales se postula la inadmisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad que nos ocupa.

A) Así, en primer lugar, apunta que la cuestión de inconstitucionalidad ha sido planteada de modo prematuro, puesto que el procedimiento se encontraba todavía en fase de instrucción, y aun cuando por la Sala promotora de la cuestión se entienda que, de procederse a la confirmación del Auto de archivo dictado se trataría de un sobreseimiento libre, equivalente a una Sentencia absolutoria, es lo cierto que aún no existe escrito de acusación, no se ha celebrado juicio oral y tampoco ha recaído Sentencia en la que se haya podido apreciar la existencia de un hecho delictivo. Consecuentemente se está anticipando un juicio de valor acerca de que el hecho, todavía objeto de investigación, sea constitutivo de un delito de apropiación indebida, apuntándose la participación en concepto de autora del mismo de la querellada, razón por la que ha surgido la duda de si es apreciable o no la excusa absolutoria del art. 268 CP. Dicho de otro modo, se están dando por supuestos los elementos de hecho que constituyen el presupuesto del tipo penal de la aprobación indebida y la participación en él de la querellada, todo ello en fase de investigación y sin que haya llegado el momento de dictar Sentencia en el procedimiento, lo que permite aventurar un muy prematuro planteamiento de la cuestión.

Apunta el Fiscal General del Estado que esta conclusión es la que se deduce de la propia doctrina elaborada por este Tribunal Constitucional (sintetizada en el ATC 103/2004, de 13 de abril, y determina la inadmisión de la cuestión por incumplimiento de una de las exigencias procesales establecidas en el art. 35 LOTC, como es la relativa al momento oportuno para su planteamiento, es decir, cuando el proceso se halle concluso y pendiente sólo de que el órgano jurisdiccional dicte Sentencia.

B) También entiende el Fiscal General del Estado que la cuestión resulta notoriamente infundada. A este respecto, y tras precisar el ámbito de la norma cuestionada (apartado primero del art. 268 CP, y más concretamente la referencia que en él se contiene a la exención de responsabilidad criminal, quedando sujetos únicamente a la civil, de los cónyuges que no se encuentren separados legalmente o de hecho, o en proceso judicial de separación o disolución matrimonial, por los delitos patrimoniales cometidos sin violencia o intimidación en las personas), apunta que “lo que la Sala plantea es en realidad la eventual inconstitucionalidad de la norma legal de referencia no por lo que dice la misma, sino por lo que deja de decir”, al entender que el tratamiento deparado por el legislador a las uniones more uxorio es claramente discriminatorio respecto de las matrimoniales, pues en ambos casos se da un mismo vínculo afectivo, que reclamaría un tratamiento legislativo uniforme.

Sin perjuicio de que el punto de partida del Auto de planteamiento de la cuestión pueda considerarse razonable, en cuanto apunta a la casi total equiparación entre uniones matrimoniales y de hecho existente en nuestro ordenamiento jurídico, el Fiscal General del Estado sostiene que las conclusiones alcanzadas no pueden prosperar. En primer lugar porque el legislador dispone de una amplia libertad de configuración, particularmente en el ámbito de la legislación penal, cuyos límites se hallan, lógicamente, en la Constitución y en los principios y valores que ésta preserva. En segundo lugar porque al discutirse una omisión se está instando a este Tribunal Constitucional a que asuma una función de legislador positivo que no le corresponde, o, en su caso, a dictar una Sentencia interpretativa que incluya los supuestos de las uniones de hecho dentro de la excusa absolutoria del art. 268 CP, lo que tampoco le corresponde en su papel de legislador negativo (ATC 261/2003).

Por consiguiente para el Fiscal General del Estado la presente cuestión de inconstitucionalidad “carece manifiestamente de fundamento porque las dudas del órgano judicial no se localizan en el texto de la norma cuestionada, con el que está de acuerdo en lo que se refleja en la misma, sino que lo que objeta es al Legislador por no haber extendido el ámbito de la excusa absolutoria a otros supuestos de hecho que se encuentran íntimamente conectados con el que toma como término de comparación, como es el de las uniones de hecho y las uniones matrimoniales, cuya conexión se opera a través del mismo vínculo afectivo que existe entre ambas, pero cuya realidad jurídica, en muchas otras facetas del ordenamiento jurídico, no son comparables”.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Como ya se ha expuesto con mayor detalle en los antecedentes de esta resolución la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Tarragona ha planteado cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 268 del Código Penal. Para el órgano judicial promotor de la cuestión este precepto legal resulta contrario a lo dispuesto en los arts. 9, 14 y 24 CE porque no incluye a las uniones de hecho dentro del ámbito subjetivo de la excusa absolutoria que establece para los delitos patrimoniales en los que no concurra violencia o intimidación. Por su parte el Fiscal General del Estado apunta la inadmisibilidad de la cuestión, tanto por haberse planteado prematuramente como por resultar notoriamente infundada.

2. En relación con el primero de los motivos de inadmisión a los que se hacía referencia en la providencia de 7 de junio de 2005, esto es, el posible incumplimiento de los requisitos procesales, debemos recordar la doctrina sintetizada en el ATC 103/2004, de 13 de abril, expresamente invocado por el Fiscal General del Estado en su escrito de alegaciones. Dijimos en aquella ocasión que “este Tribunal ha considerado prematuras las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por órganos judiciales del orden penal contra normas penales sustantivas en fase de instrucción, cuando de ello dependía un eventual archivo de las actuaciones [STC 234/1997, de 18 de diciembre, FJ 2.b) y AATC 121/1990, de 13 de marzo, FJ 2 y 203/1998, de 29 de septiembre, FJ 2], lo mismo que en el caso en que fueran planteadas como cuestión previa en la vista oral (ATC 236/1998, de 10 de noviembre, FJ 2) o en el trámite del recurso de apelación contra una Sentencia, antes de pronunciarse sobre proposición de prueba y celebración de vista oral en esa segunda instancia (ATC 24/2000, de 18 de enero, FJ 2), ya que en todos esos momentos procesales todavía no es posible saber si la norma que se cuestiona es aquella de la que va a depender el fallo, pues pudiera ocurrir que esta norma no llegara a aplicarse porque no se probaran los hechos denunciados, existiera otra norma penal que desplazara aquélla o, en fin, por cualquier otro motivo que impidiera la aplicación de la norma cuestionada.” (FJ 2).

Precisando algo más dicha doctrina apuntamos entonces que “debe concluirse que no cumple el requisito del art. 35.2 LOTC, sobre el momento procesal adecuado para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, aquellos supuestos en que el órgano judicial en fase de instrucción plantea la cuestión sobre una norma sustantiva, aunque de ello dependa un eventual sobreseimiento y archivo de las actuaciones, ya que la aplicabilidad de la norma penal sustantiva cuestionada a los hechos que se enjuician todavía depende forzosamente de las ulteriores actuaciones procesales y muy concretamente de los resultados del juicio oral que, en su caso, se deba celebrar.” (ibidem).

El examen del presente caso desde la perspectiva que nos proporciona la doctrina ahora resumida conduce inexorablemente a concluir que la cuestión de inconstitucionalidad ha sido planteada de manera prematura. En efecto, hallándose el proceso todavía en fase de instrucción no es posible saber si el fallo de la causa va a depender de la norma que se cuestiona, toda vez que no se ha formulado escrito de acusación ni se ha celebrado juicio oral, por lo que resulta de todo punto imposible saber si quedará probada la existencia de los hechos de delictivos denunciados y la participación en ellos de la querellada.

Por lo expuesto, el Pleno del Tribunal

ACUERDA

Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Madrid, a trece de septiembre de dos mil cinco.