|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 298/2005 |
| Fecha | de 5 de julio 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 | 3674-2004 |
| Asunto | Cuestión de inconstitucionalidad 3674-2004 |
| Fallo | Inadmitir la presente cuestión de inconstitucionalidad. |

**AUTO**

**I. Antecedentes**

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el día 8 de junio de 2004 el Secretario del Juzgado de Instrucción núm. 8 de Bilbao remite el testimonio de particulares de las diligencias previas 309-2004 y el Auto por el que se propone cuestión de inconstitucionalidad en el citado procedimiento. La documentación aportada incluye el Auto de 19 de mayo de 2004 por el que el Juez de Instrucción núm. 8 de Bilbao acuerda plantear ante este Tribunal la cuestión de inconstitucionalidad de la Disposición final primera, núm. segundo, letra e), de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que modifica el art. 365 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal añadiendo el siguiente párrafo: “La valoración de las mercancías sustraídas en establecimientos comerciales se fijará atendiendo a su precio de venta al público”.

2. Los hechos que pueden ser relevantes en este proceso constitucional son los siguientes:

El día 16 de enero de 2004 la Ertzaintza levantó el atestado núm. 175-2004 por el intento de comisión de un hurto de una cámara fotográfica digital en El Corte Inglés de Bilbao, del que aparece como presuntamente responsable don J.U.A.

El Juez de Instrucción núm. 8 de Bilbao dictó el 26 de enero de 2004 Auto de incoación de diligencias previas por un posible delito de hurto. Tras practicar una serie de diligencias (entre otras, una peritación judicial de tasación de la cámara digital sustraída, en la que se fijó su valor en el precio de venta al público, que era de 449 euros, y la incorporación a los autos de un escrito aportado por El Corte Inglés, conforme al cual el precio de venta al público de la citada cámara era de 449 euros y el precio de coste de 291,85 euros), el Juez dictó el 19 de abril de 2004 un Auto de transformación del proceso en juicio de faltas.

Contra dicha resolución interpuso recurso de reforma el Ministerio Público, al considerar que los hechos no son constitutivos de una falta de hurto sino de un delito de hurto del art. 234 del Código penal, ya que el precio de venta al público de la cámara presuntamente sustraída asciende, según peritación, a 449 euros.

El día 26 de abril de 2004 el Juez dictó una providencia en la que se acuerda dar audiencia a las partes y al Fiscal para que alegaran lo que estimasen oportuno respecto de la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad de la disposición final primera, número segundo, letra e), de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que modifica el art. 365 LECrim. introduciendo como criterio de valoración de las mercancías sustraídas el precio de venta al público. Entiende el órgano judicial que, pese a tratarse de una norma procesal, dado que la determinación del valor de la mercancía sustraída tiene relación directa con la tipicidad del delito y la falta de hurto (arts. 234 y 623.1 CP), en función de que sea inferior o superior a 50.000 pesetas, dicha disposición vulnera lo establecido en el art. 81.1 CE, dado que el citado apartado tiene carácter de ley ordinaria (conforme a lo dispuesto en la disposición final cuarta de la norma), cuando, por incidir en la tipicidad del hecho, debería tener carácter de ley orgánica. Por otra parte afirma que se vulnera el art. 9.3 CE en lo relativo a los principios de legalidad y seguridad jurídica, porque, aun cuando aparentemente la tipicidad de los arts. 234 y 623.1 CP no se ha variado, al modificarse el procedimiento para valorar las mercancías sustraídas en establecimientos mercantiles se introducen dos aspectos de inseguridad jurídica: el margen comercial que cada establecimiento aplica a la mercancía vendida y la estación o temporada de venta del producto (pues los precios fluctúan según el momento de la temporada). Ello merma la seguridad jurídica, afecta al principio de legalidad y al derecho a la libertad, “mediatizado por circunstancias puramente mercantiles, estacionales o personales del comerciante”. Finalmente, y pese al tenor literal del art. 35.2 LOTC, el Juez sostiene que una interpretación flexible de dicho precepto permitiría proponer la cuestión una vez terminada la instrucción y en el momento de decidir la transformación del procedimiento en abreviado o juicio de faltas, dado que la duda de constitucionalidad planteada afecta a la diversa calificación inicial de los hechos como delito o como falta.

El Ministerio Público informó favorablemente la promoción de la cuestión, por entender que el momento procesal es oportuno, que se ha dado trámite de audiencia, que la norma cuestionada es aplicable al caso y que de su constitucionalidad depende el sentido del fallo, pues, según cuál sea el procedimiento de valoración de las mercancías, la tipicidad de la sustracción puede ser delito o falta, por lo que, de ser conforme a la Constitución el art. 365.2 LECrim, debería estimarse el recurso de reforma interpuesto por el Fiscal y tramitar el procedimiento por delito; resultando procedente, de lo contrario, desestimarlo y tramitarlo como juicio de faltas. Igualmente entiende el Ministerio Fiscal que el criterio de valoración introducido en el apartado segundo del art. 365 LECrim. provoca merma de la seguridad jurídica y afecta al principio de legalidad, pues el precio de venta al público depende de cada establecimiento, de cada territorio e incluso de la temporada de venta.

La defensa del acusado, por su parte, informó también favorablemente al planteamiento de la cuestión, haciendo suyos los argumentos del órgano judicial y añadiendo la posible vulneración del principio de igualdad (art. 14 CE) que la norma en cuestión podría producir.

3. Por Auto de 19 de mayo de 2004 el Juez de Instrucción núm. 8 de Bilbao acordó plantear ante este Tribunal cuestión de inconstitucionalidad en relación con la disposición final primera, número segundo, letra e), de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que modifica el art. 365 LECrim. introduciendo como criterio de valoración de las mercancías sustraídas el precio de venta al público.

Entiende el órgano judicial que la Ley cuya constitucionalidad se cuestiona infringe el art. 81.1 CE por cuanto, conforme a la disposición final cuarta de la Ley Orgánica 15/2003, el apartado 2 de la disposición final primera tiene carácter de ley ordinaria y, dado que el procedimiento de valoración de la mercancía sustraída incide en la tipicidad del hecho (determinando su consideración como delito o falta), tal modificación hubiera requerido el dictado de una norma con carácter de ley orgánica.

Por otra parte se entiende vulnerado también el art. 9.3 CE, en los siguientes términos:

“La tipicidad penal ha de caracterizarse por la taxatividad del enunciado. Aunque, aparentemente, la tipicidad de los arts. 234 y 623.1 CP permanecen invariables, el procedimiento para la valoración de las mercancías sustraídas en establecimientos mercantiles introduce dos aspectos de inseguridad jurídica que habrán de incidir en aquélla, cuáles son el margen comercial que cada establecimiento aplica a las mercancías vendidas, por un lado, y por otro la estación o temporada de venta del producto para determinadas mercancías. Los márgenes comerciales dependen de factores objetivos como pueden ser el territorio de la Comunidad Autónoma, ciudad, barrio, impuestos, alquileres, personal empleado, y de factores subjetivos como el margen de ganancia que el comerciante desee obtener. Las temporadas estacionales ocasionan descenso en el precio de algunos productos, que varían según el producto se venda en pretemporada, avances de temporada, temporada o rebajas. A consecuencia de tales factores, el mismo producto hurtado podría tener precios diferentes. Por ello, el procedimiento de valoración de las mercancías establecido en el art. 365 LECrim, tras la reforma operada por la Ley indicada, podría provocar que la sustracción de determinado producto integrara el delito de hurto o una falta de hurto según el caché del establecimiento, la zona geográfica en la que se halle situado (barrio, municipio, provincia, Comunidad) o la temporada anual de venta. Esto provoca una merma en la seguridad jurídica, la afectación del principio de legalidad y, en suma, que la libertad individual quede mediatizada por circunstancias puramente mercantiles, estacionales o personales del comerciante” (razonamiento jurídico segundo).

En el razonamiento tercero se realiza el “juicio de relevancia”, afirmando que en el proceso en curso consta como precio de venta al público de la mercancía sustraída el de 449 euros y como precio de coste el de 291,85 euros, por lo que el procedimiento de valoración de la mercancía conforme a uno u otro criterio determinará que el hecho sea delito o falta, de manera que la duda de constitucionalidad planteada es determinante para la sentencia que habrá de dictarse.

Y, finalmente, respecto del momento procesal en el que se plantea la cuestión, se afirma que, pese al tenor literal del art. 35.2 LOTC, una interpretación flexible de dicho precepto permitiría proponer la cuestión una vez terminada la instrucción y en el momento de decidir la transformación del procedimiento en abreviado o juicio de faltas, dado que esta decisión implica un juicio sobre la tipicidad de los hechos que determinará la sentencia condenatoria que, en su caso, haya de dictarse.

4. Por Providencia de 14 de septiembre de 2004 la Sección Tercera de este Tribunal acordó oír al Fiscal General del Estado para que, de conformidad con lo previsto en el art. 37.1 LOTC, en el plazo de diez días alegara lo que considerase conveniente acerca de la admisibilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad, por si se hubiese planteado de forma prematura, careciendo de los requisitos procesales para efectuar un enjuiciamiento de fondo.

5. Mediante escrito registrado en este Tribunal el día 8 de octubre de 2004 el Fiscal General del Estado formuló sus alegaciones, considerando que esta cuestión de inconstitucionalidad puede ser inadmisible por haberse planteado prematuramente, aunque poniendo de manifiesto algunas dudas al respecto.

a) Comienza recordando el Fiscal General, con cita del ATC 103/2004, que es doctrina constante y reiterada del Tribunal que entre los requisitos procesales que condicionan la admisión a trámite de una cuestión de inconstitucionalidad se encuentra el de que se plantee una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, por lo que el planteamiento en momento anterior determina la inadmisión de la cuestión por prematura. Ahora bien, el Tribunal ha sostenido la necesidad de realizar una interpretación flexible del requisito en casos excepcionales.

El presente caso no podría encuadrarse, según su opinión, en ninguno de los supuestos excepcionales en los que el Tribunal Constitucional ha flexibilizado el requisito de la temporaneidad, “pues la norma de que se trata tiene, por las especialidades que presenta el valor del objeto sustraído en el procedimiento concreto, la única virtualidad de determinar el procedimiento en que se ha de realizar el enjuiciamiento de los hechos imputados, que, de todas formas, parece ha de realizarse; y ninguna trascendencia más, pues es obvio que tal provisoria calificación no vincula a los órganos de enjuiciamiento”. Igualmente señala que “el cuestionante desconoce si el ulterior fallo va a depender de la norma, pues en el trámtie en el que se encuentra ahora ni el Ministerio Fiscal ha formulado acusación, ni por ello se ha celebrado el plenario, por lo que no ha quedado efectivamente acreditada la realización del hecho enjuiciado, ni su real entidad jurídica (pudiera, en hipótesis, no llegarse a acreditar el ánimo de lucro o aparecer una fuerza que lo convirtiera en robo), ni la participación en él del acusado, ni por tanto se sabe si se van a practicar nuevas pericias sobre el valor del objeto sustraído, ni en fin consta que por cualquier otro motivo, de aplicación de otra normativa o de interpretación de la cuestionada, la norma de la que se duda va a llegar a aplicarse y va a tener relevancia alguna en la decisión del pleito. Una continuación por procedimiento abreviado hubiera permitido llegar al momento adecuado para que, en su caso, se pudiera plantear oportunamente la cuestión de inconstitucionalidad. Por tanto, visto así, el planteamiento de la cuestión parece prematuro”.

b) No obstante lo anteriormente expuesto a continuación manifiesta el Fiscal General dudas al respecto, dado que “ha de advertirse que en el caso que ahora nos ocupa se trata de resolver en términos procesales y de manera decisiva si se sigue el juicio de faltas o el de delito (abreviado) y que tal decisión depende, según el Juez, de que el art. 365.2 LECrim cuestionado sea constitucional o no, pues si no lo fuere y resultara expulsado del Ordenamiento, la declaración de los hechos como falta sería indiscutible. Por ello, y sin perjuicio de reconocer que si el Juez hubiera optado por aplicar el precepto que cuestiona y acordado la transformación del procedimiento en abreviado existirían otros tramos procesales en que sería posible plantear la cuestión (incluso una vez concluso el proceso y antes de dictar sentencia), es lo cierto que su duda surge justamente en un momento anterior (en el de decidir si se declaran a efectos procesales los hechos delito o falta) y que en semejante tesitura y siendo para ello necesario aplicar el artículo cuestionado (según el Juez), el momento pudiera ser el adecuado y además el último pues de declararse falta los hechos por razón de la cuantía y ser firme esta decisión el regreso en un futuro hacia el enjuiciamiento por delito no resultaría imaginable, en principio”.

Desde esta perspectiva, y en el marco de la interpretación flexible del requisito procesal que ha propugnado el Tribunal, particularmente en la aplicación de leyes procesales, “existirían razones para estimar planteada la cuestión en momento oportuno: por razones de economía procesal, de colaboración con el Juez ordinario en la resolución de un recurso procesalmente determinante de la clase de enjuiciamiento y por la misma naturaleza procesal no sólo de la norma, sino también de su aplicación en el caso que nos ocupa”.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Conforme a lo establecido en el art. 37.1 LOTC este Tribunal puede rechazar, en trámite de admisión, mediante Auto y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado, aquellas cuestiones de inconstitucionalidad que carezcan de los requisitos procesales o fueran notoriamente infundadas.

2. Reiteradamente hemos afirmado que la cuestión de inconstitucionalidad no es un instrumento concedido a los órganos judiciales para la depuración abstracta del Ordenamiento jurídico, “sino que representa un instrumento procesal puesto a disposición de aquéllos para conciliar la doble obligación de su sometimiento a la Ley y a la Constitución. Esta configuración explica el carácter de control concreto de constitucionalidad de las leyes que la cuestión promovida por Jueces y Tribunales tiene en nuestro Ordenamiento y da sentido tanto a los requisitos que el art. 163 de la Constitución y 35 LOTC imponen para la admisión de las cuestiones de inconstitucionalidad como a la rigurosa e indispensable verificación que este Tribunal ha de realizar respecto al adecuado cumplimiento de tales requisitos”(ATC 121/1990, de 13 de marzo, FJ 1; 203/1998, de 29 de septiembre, FJ 1).

Entre tales requisitos de procedibilidad, el art. 35.2 LOTC establece que “el órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar Sentencia”, exigencia que nuestra jurisprudencia ha puesto en conexión con la prevista en el art. 163 CE y 35.1 LOTC, relativa a que la norma cuestionada sea una norma con rango de Ley de cuya validez dependa el fallo.

En efecto, como señalábamos en la STC 110/1993, de 25 de marzo, FJ 2 b), el citado requisito, no sólo pretende “impedir que las cuestiones se utilicen con fines dilatorios e innecesarios, sino también garantizar que el juzgador tenga a la hora de plantearla los elementos de juicio suficientes para conocer si realmente de la norma que va a cuestionar depende el fallo”. Por ello en esa misma Sentencia afirmábamos que la exigencia de agotar el procedimiento no puede llevarse hasta sus últimas consecuencias, sino que cabe una “aplicación flexible” del requisito “mediante una interpretación finalista” que permita la admisión a trámite de aquellas cuestiones en las que la continuación del proceso hasta el fallo no habría de aportar ningún elemento relevante para el planteamiento de la cuestión, “por razones de economía procesal y para auspiciar la colaboración ante el Juez ordinario y el Tribunal Constitucional que la cuestión entraña. Colaboración que, dado el interés objetivo en la depuración del Ordenamiento jurídico de leyes que ofrecen duda de constitucionalidad, debe considerarse prevalente”.

Ahora bien, esa flexibilización en la interpretación del requisito y la admisibilidad del planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad cuanto el proceso está aún pendiente, que venimos sosteniendo desde la STC 8/1982, de 4 de marzo, FJ 1, se ha limitado, 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 (por todos, AATC 121/1990, de 13 de marzo, FJ 1; 203/1998, de 29 de septiembre, FJ 1; 24/2000, de 18 de enero, FJ 1; 238/2002, de 26 de noviembre, FJ 4; 103/2004, de 13 de abril, FJ 2).

En aplicación de esta doctrina afirmamos en la STC 234/1997, de 18 de diciembre, FJ 2, que era erróneo entender que el hecho de tener que aplicar un precepto legal “para determinar si se admite o no la denuncia o para practicar las diligencias esenciales encaminadas a determinar la naturaleza o circunstancia del hecho, constituye ya una aplicación de la norma que permite formular la cuestión de inconstitucionalidad. Pues basta reparar en que en este momento procesal todavía no es posible saber si la norma que se cuestiona es aquella de la que va a depender el fallo, ya que 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”.

Con similares razonamientos inadmiten cuestiones de inconstitucionalidad planteadas en fase de instrucción los AATC 121/1990, de 13 de marzo (en un supuesto en que se argumentaba que la norma cuestionada afectaba a la tipificación de los hechos y el procedimiento a seguir, destacando este Tribunal que, con independencia del procedimiento a través del cual se instruya, “la aplicabilidad de la norma penal sustantiva cuestionada a los hechos que se enjuician depende forzosamente de las ulteriores actuaciones procesales y su eventual subsunción en el tipo concretamente de los resultados del juicio oral que se celebra”); 203/1998, de 29 de septiembre (en el que consideramos prematura la cuestión planteada pese a que el Juez Instructor entendía que de la tipificación penal de los hechos en la norma cuestionada dependía que se ordenara el archivo de la causa o siguieran los trámites procesales); 238/2002, de 26 de noviembre (en cuyo FJ cuarto se afirmaba que “la posición central del juicio oral en el 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”); 421/2003, de 16 de diciembre (reproduciendo la doctrina del anteriormente citado) y 103/2004, de 13 de abril (también respecto de una norma sustantiva de la que el instructor entendía que dependía un eventual sobreseimiento y archivo de las actuaciones, afirmando que en ese momento “todavía no es posible saber si va a depender el fallo de la norma que se cuestiona, ya que ni siquiera se ha formulado escrito de acusación ni se ha celebrado juicio oral, por lo que ni se sabe si finalmente la acusación será por ese delito, los hechos denunciados van a quedar probados o existirá otra norma penal que desplazará a aquella”).

3. A la vista de lo anteriormente expuesto la presente cuestión de inconstitucionalidad ha de ser inadmitida por no haber sido planteada una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar Sentencia (art. 37.1, en relación con el art. 35.2 LOTC).

En efecto, la duda sobre la constitucionalidad se plantea, no por el órgano que tiene atribuido el conocimiento y fallo de la causa penal en el plazo para dictar sentencia, sino por el Juez de Instrucción en el momento en que ha de resolver un recurso de reforma del Fiscal respecto del Auto por el que ordena la transformación del procedimiento en juicio de faltas. Y, aunque se cuestiona una norma procesal [la disposición final primera, núm. segundo letra e) de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que modifica el art. 365 LECrim., introduciendo como criterio de valoración de las mercancías sustraídas en establecimientos comerciales el precio de venta al público], el objeto de la cuestión no es la norma en su dimensión procesal, sino la dimensión material de la misma, en cuanto a través de ella se afecta a la tipicidad del delito y la falta de hurto. Y, siendo ésta la perspectiva relevante, la cuestión planteada es sin duda prematura, pues en el momento procesal en el que se plantea (cuando aún no se ha formulado acusación, ni se ha celebrado el acto del juicio) es imposible tener la certidumbre de que el fallo de la causa penal (que es lo relevante, no la resolución del recurso de reforma o la decisión acerca del procedimiento a seguir) vaya a depender de la norma cuestionada, pues pudiera ocurrir que la norma no llegara a aplicarse porque no se formulara acusación, o no se probaran los hechos denunciados, o existiera otra norma penal que resultara aplicable al caso.

Y tampoco puede sostenerse que la norma cuestionada tenga una incidencia anticipada e irreversible en el proceso en curso, porque, aun cuando fuera relevante para decidir si el procedimiento a seguir es el del juicio de faltas o el abreviado por delito (lo cual es, en sí mismo, discutible en el caso concreto, puesto que el criterio que pretende aplicar el Juez para tramitar el procedimiento como juicio de faltas es el precio de coste, lo cual carece de base legal alguna) ello nada prejuzga ni es irreversible, pues (en la línea de lo afirmado en el ATC 121/1990, FJ 2) con independencia de que la tramitación procesal seguida (que puede verse alterada en función de las calificaciones de las partes y del resultado del juicio oral, pues el art. 780 LECrim permite, con carácter general, el cambio de procedimiento si resulta ulteriormente que el hecho no se encuentra comprendido en las previsiones del que se sigue), el momento relevante a efectos de aplicación de la norma al caso y de la consideración de los hechos como delito o falta es el de dictar Sentencia, una vez se haya celebrado el acto del juicio y de acuerdo con las calificaciones que allí se efectúen.

Por todo lo expuesto, el Pleno del Tribunal

ACUERDA

Inadmitir la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Madrid, a cinco de julio de dos mil cinco.