|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 453/2007 |
| Fecha | de 12 de diciembre de 2007 |
| 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 | 7059-2006 |
| Asunto | Cuestión de inconstitucionalidad 7059-2006 |
| Fallo | Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad |

**AUTO**

**I. Antecedentes**

1. El 5 de julio de 2006 se registró en este Tribunal Constitucional un escrito del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Las Palmas de Gran Canaria, fechado el día 14 del anterior, al que se acompañaba Auto del mismo órgano jurisdiccional de 19 de mayo de 2006, por el que se plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con los arts. 38 y 44 de 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) Con fecha 7 de febrero de 2006 el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm.1 de Las Palmas de Gran Canaria dictó Auto de incoación de diligencias urgentes núm. 88-2006, al apreciar que los hechos referidos en atestado policial núm.520-2006 de la Comisaría del Distrito Sur, de la Jefatura Superior de Policía de Canarias, reunían las circunstancias mencionadas en el art. 795 LECrim. Tras la práctica de las diligencias de investigación oportunas, en Auto de igual fecha se acordó, conforme al art.798 LECr, la tramitación como juicio rápido núm.18-2006, practicándose las actuaciones prescritas en el art.800 y ss LECrim, señalándose para enjuiciamiento el Juzgado de lo Penal núm.3 de las Palmas de Gran Canaria, y vista oral el día 27 de febrero de 2006 a las 9:30.

b) Celebrado el juicio el día y hora señalado, en providencia de 2 de marzo de 2006 el titular del órgano decide dar traslado a las partes y al Ministerio Fiscal a fin de que manifestasen lo que estimaren oportuno sobre la procedencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto de los arts.153 y 171 CP por posible vulneración de los arts.14, 25 y 117 CE.

c) Mediante escrito 10 de mayo 2006 el Ministerio Fiscal manifiesta la improcedencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad por la inexistencia de contradicción entre los preceptos cuestionados y las normas constitucionales invocadas.

d) Finalmente, en Auto de 19 de mayo de 2006, se elevó la presente cuestión de inconstitucionalidad.

3. La fundamentación jurídica del Auto de planteamiento de esta cuestión se abre con la indicación de que“el artículo 171. 4 y 5 del Código penal, en su redacción dada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, vulnera abiertamente lo dispuesto en el art. 14 de la Constitución”.

Seguidamente se dirige el reproche de vulneración del art. 14 CE al conjunto de la indicada Ley Orgánica, por quebrantar el art. 7 de la Declaración universal de los derechos humanos y el art. 14 del Pacto internacional de los derechos civiles y políticos. Tras lo cual se concluye que “la Ley de violencia de género vulnera no sólo nuestra Constitución sino todos los convenios y pactos internacionales suscritos por nuestro país, para la protección de los derechos fundamentales, de los derechos humanos, civiles y políticos”.

Para el titular del órgano judicial promotor de la cuestión, la mayor irregularidad de la Ley es su contradicción con el art. 14 CE, puesto que se dispensa un trato penal diferente al hombre respecto de la mujer, sentándose una discriminación positiva para la mujer no respetuosa con la Constitución y carente de justificación. Según se asevera en el Auto de planteamiento: “se considera inconstitucional […] que dicha ley opere una reforma de tipos penales […] instaurando penas diferentes por razón de sexo, y, medidas de protección de carácter cautelar, y en un procedimiento penal, que privilegian a la mujer frente al hobre, que, sin duda, también se ve sometido, en ocasiones a la violencia de la mujer, y al maltrato que ella le dispensa, incluso cuando en ocasiones, es la propia mujer víctima de malos tratos por parte de su esposa o pareja de hecho, también mujer”.

Para el juzgador, “el anterior art. 171 CP dispensaba igual protección al hombre que a la mujer pues, en el fondo, el tipo indicado contiene un doble bien jurídico protegido: de un lado la integridad expresada y la integridad del núcleo familiar. Sin embargo, se dispensa una protección jurídica diferente a una víctima mujer que a una víctima hombre, cuando el hecho penal o ilícito es el mismo, una amenaza….el hecho inconstitucional a todas luces de castigar de manera diferente al agresor por su sexo. El trato desigual ante la Ley por razón del sexo está proscrito por el art.14 CE, pues el individuo, el homo delincuentis como diría Pavese, debe ser castigado, pero debe serlo por atentar a un bien jurídico protegido que el Derecho y la sociedad claman por proteger, pero no por su sexo, por su condición de hombre o mujer, condición con la que se nace y no condición que se hace”. Y continúa afirmando: “cierto es que se crea, o mejor, se ha creado una fuerte alarma social con los numerosos casos de malos tratos familiares, a los que los jueces vienen dando respuesta desde hace años, con las normas que tienen a su alcance, como lo viene haciendo quien suscribe desde hace más de diez años. No se debe legislar al albur de unas elecciones o de una legislatura concreta, debe legislarse para dar respuesta a situaciones de hecho que vive la sociedad y que el Derecho debe regular, pero siempre, y ésa es la grandeza del Estado de Derecho, desde la Carta Magna que el constituyente, en su día, quiso plasmar para la posteridad”.

Siempre en opinión del juzgador, no cabe, como se hace en el art. 171 CP, penar al hombre con pena privativa de libertad distinta de la que correspondería a la mujer, y otro tanto sucede con el art. 39 de la referida Ley Orgánica para el delito de coacciones.

En resumen, “sobran razones jurídicas para declarar inconstitucional la Ley, sobre todo, si atendemos a que la igualdad es un derecho fundamental y que desde la Ilustración, nuestra filosofía jurídica ha definido la igualdad como tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Y es que en los casos de violencia doméstica la víctima siempre será la víctima, sea hombre o mujer, y el agresor siempre agresor, sea hombre o mujer, pues el Derecho Penal está para regular las relaciones entre personas, sin distinción de raza, sexo, nación o religión, ya que hoy la diferencia de sexo ni siquiera hace a la familia”.

Por otra parte se estima por el titular del órgano promotor que el art.171 CP vulnera el principio de proporcionalidad de las penas, lesionando los arts.17 y 25 CE, ya que mientras que al hombre se le impone una pena privativa de libertad, a la mujer autora del mismo delito se le impone una pena pecuniaria.

Por último, “la protección procesal que dispensa la Ley es diferente para quien sea mujer, por el hecho de ser mujer y siempre que el agresor sea un hombre, pues el artículo 44 de la Ley crea los llamados Juzgados de Violencia Doméstica”; Juzgados cuyas competencias se enumeran pormenorizadamente. Tras lo cual se concluye que “existen órganos jurisdiccionales específicos y exclusivos para la víctima mujer, siempre que el autor de los delitos objeto de la instrucción sea hombre, pero no existe esa especial protección para los delitos cometidos por mujer contra hombre o por hombre contra hombre, cuando víctima y agresor estén unidos por vínculo matrimonial o por relación de análoga afectividad a la conyugal”. La discriminación que se produce “es absoluta”, no sólo al dispensarse por la Ley una diferente sanción penal por razón de sexo sino al consagrarse por la misma un verdadero “Tribunal de excepción, el Juzgado de Violencia Doméstica, proscrito, como sabemos por la Constitución”.

La parte argumentativa del Auto concluye con la formulación del juicio de relevancia en los siguientes términos: “la decisión de plantear cuestión de inconstitucionalidad contra la indicada Ley es porque la decisión del proceso depende en su totalidad de la constitucionalidad o no de la misma. Si la Ley es inconstitucional y así se declara por el Alto Tribunal, la pena a imponer al reo acusado en este proceso será muy diferente y de una duración en el tiempo (siempre la pena privativa de libertad) inferior a la establecida por el precepto que ahora se impugna, pues de no ser válida la norma contenida en los artículos 153, 171 y 172 del CP, sería de aplicación la legislación anterior, más favorable al reo que la presente norma”.

En la parte dispositiva del Auto se acuerda “plantear cuestión de inconstitucionalidad contra la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en sus artículos 38, y 44 por las razones expuestas”.

4. Mediante providencia de 25 de julio de 2006, la Sección Cuarta 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, en relación con la posible falta de condiciones procesales para su admisión.

5. Mediante escrito registrado en este Tribunal Constitucional con fecha 15 de septiembre de 2006 el Fiscal General del Estado 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 2 del ATC 13/2006 en lo relativo a la audiencia, exigida por el art. 35.2 LOTC, concluyendo que del contraste del la providencia de 2 de marzo de 2006 de traslado a las partes con el Auto de 19 de mayo de 2006 de planteamiento, se infiere que se ha omitido la audiencia respecto de la acusación particular. A ello agrega, que, mientras que en la providencia de 2 de marzo de 2006 de traslado, éste se hace con referencia a los arts.153 y 171 CP, en el Auto de 19 de mayo de 2006 de planteamiento se cuestionan los arts.38 y 44 de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, que corresponden a los arts.171 CP y art.87 ter LOPJ, sin que respecto de éste último se haya dado traslado a las partes. A mayor abundamiento se especifica, que mientras que en la providencia citada, se da el traslado por el art.171 CP, sin especificar qué ordinal de los seis que contiene el precepto resulta cuestionado (cada uno de los cuales sanciona conductas diferentes), en el Auto de planteamiento se ciñe a los números 4 y 5 del art.171 CP, dándose la circunstancia de que el art.171.5 CP se refiere a amenazas con armas, ajeno al supuesto de hecho del caso. Igualmente, el FGE pone de relieve la ausencia de juicio de relevancia por parte del órgano que plantea la cuestión. Por todo ello interesa la inadmisión liminar de la presente cuestión de inconstitucionalidad.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Según se ha expuesto con mayor detalle en los antecedentes de esta resolución el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Las Palmas de Gran Canaria plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con los arts. 38 y 44 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, pues tales son los preceptos legales concretamente mencionados en el Auto de planteamiento. Esta cuestión de inconstitucionalidad no satisface los requisitos procesales exigibles para su admisión, como seguidamente se expone.

2. En primer lugar cumple señalar que en la providencia por la que se confería trámite de audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal se identificaron preceptos penales y constitucionales distintos de los que han sido objeto de planteamiento final, incumpliendo con la finalidad sustancial de la audiencia prescrita en el art.35 LOTC. Con respecto a esa audiencia, exigida por el art. 35.2 LOTC, este Tribunal ha hecho hincapié en que su importancia “no puede minimizarse reduciéndola a un simple trámite carente de más trascendencia que la de su obligatoria concesión, cualesquiera que sean los términos en que ésta se acuerde (STC 166/1986, F. 4). Por el contrario las alegaciones que se sustancien en este trámite habrán de versar fundamentalmente sobre la vinculación entre la norma citada y apreciada por el Juez como cuestionable y los supuestos de hecho que se dan en el caso sometido a su resolución, así como sobre el juicio de conformidad entre la norma y la Constitución, lo que requiere que la providencia que otorga la audiencia especifique los preceptos legales cuestionados y las normas constitucionales que el Juez estima de posible vulneración por aquéllos ( ibidem). Resulta, pues, inexcusable que en el trámite de audiencia se identifique el precepto o preceptos que se consideren vulnerados, así como que el Juez quede vinculado a elevar la cuestión de inconstitucionalidad sobre los preceptos sometidos a este trámite de alegaciones” (ATC 29/2005, de 5 de julio, FJ 3, y las numerosas resoluciones allí citadas).

Pues bien, como ya ha quedado indicado por el Fiscal General del Estado, en este caso, la providencia de apertura del trámite de audiencia no satisfizo las mencionadas exigencias, a tenor de la disparidad que presenta respecto del Auto de planteamiento.

Pero, sobre todo, es preciso poner de relieve otra deficiencia, cual es la falta de constancia del traslado a la acusación particular y a la defensa de la referida providencia, lo cual, en definitiva, privaría a dichas partes de la oportunidad de hacer llegar al órgano judicial su parecer acerca de la conveniencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad respecto de los preceptos, vulnerando la reiterada doctrina de éste Tribunal, sobre la finalidad de la audiencia del art.35.2 LOTC (por todos ATC 305/2004 de 20 de julio, F 2).

3. Amén de estas deficiencias, cuya concurrencia determina, por sí sola, la inadmisión a trámite de la presente cuestión de inconstitucionalidad, debemos señalar asimismo la insatisfactoria realización, en el Auto de planteamiento, del preceptivo juicio de relevancia, como sucedió en el caso que dio lugar al dictado del ATC 13/2006 de 17 de enero.

Conforme se recuerda en el ATC 120/2005, de 15 de marzo, “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” (FJ 2).

De una parte, como acertadamente ha indicado el Fiscal General del Estado en su escrito de alegaciones, habida cuenta de que la presente cuestión se eleva en el curso de un proceso en el que se imputa al acusado la comisión de un delito de amenazas (art. 171.4 CP, en la redacción dada al mismo por el art. 38 de la Ley Orgánica 1/2004, 28 de diciembre, medidas de protección integral contra la violencia de género), debemos hacer notar la total ausencia en el Auto de planteamiento del más elemental juicio de aplicabilidad no ya respecto de los malos tratos y de las coacciones, sino de las amenazas con armas, ilícitos ajenos al objeto del proceso penal a quo. De otra, en el Auto de planteamiento tampoco se recoge razonamiento alguno sobre la aplicabilidad y relevancia para el caso sometido al conocimiento del órgano judicial promotor de la cuestión del art. 44 de la Ley Orgánica 1/2004, por el que se procede a la creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, nueva categoría de órganos judiciales en la que no se integra el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Las Palmas de Gran Canaria.

La concurrencia de todos estos defectos procesales determina, inexorablemente, la inadmisión a limine de la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Por lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad

Madrid, a doce de diciembre de dos mil siete